„Mehr Freiheit wagen“

Herausgegeben von
ANATOL DUTTA und
CHRISTIAN HEINZE

Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht

Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

124

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



„Mehr Freiheit wagen“

Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow

Herausgegeben im Auftrag
seiner Schülerinnen und Schüler
von Anatol Dutta und Christian Heinze

Mohr Siebeck

Anatol Dutta ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Christian Heinze ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht (GRUR-Professur) am Institut für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover.

ISBN 978-3-16-156207-5 / eISBN 978-3-16-156208-2
DOI 10.1628/978-3-16-156208-2

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Emeritierung eines Wissenschaftlers ist ein guter Anlass für eine Bestandsaufnahme. Wir Schülerinnen und Schüler von Jürgen Basedow haben uns deshalb entschlossen, im Rahmen eines Symposiums die große Themenbreite unseres akademischen Lehrers und der von ihm begründeten Schule unter einem Motto zu präsentieren, das repräsentativ für seine Person und sein Werk steht: Mehr Freiheit wagen – eine Devise, die Jürgen Basedow vor rund 15 Jahren als Titel eines Sammelbandes (Basedow, Mehr Freiheit wagen – Über Deregulierung und Wettbewerb, 2002) gewählt hat.

Das vorliegende Buch versammelt die Vorträge dieses Symposiums, das am 29. und 30. September 2017 im Hamburger-Max-Planck-Institut vor großem Publikum stattfand, ergänzt um einige Beiträge, die – um den zeitlichen Rahmen der Veranstaltung nicht zu sprengen – mündlich nicht vorgetragen wurden.

Unser Experiment konnte nur dank zahlreicher Personen realisiert werden: Ohne die bedingungslose Unterstützung durch das Institut und die beiden verbleibenden Direktoren Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann hätte es weder das Symposium noch die Veröffentlichung seiner Ergebnisse in diesem Band gegeben. Ihnen sind wir zu großem Dank verpflichtet, wie auch den beteiligten Abteilungen des Instituts, vor allem der Verwaltungsleitung (Ilse Groß), dem Veranstaltungsteam (Anja Hell-Mynarik), der Öffentlichkeitsarbeit (Nicola Wesselburg und Jessica Staschen) sowie dem Redaktionsteam, das in Person von Christian Eckl und Gundula Dau mit großem Einsatz die Drucklegung dieses Buches besorgt hat.

August 2018

Im Namen der Schülerinnen und Schüler
Anatol Dutta und Christian Heinze

Inhaltsverzeichnis

Geleitworte

Eröffnungsbeitrag

Teil I:
Bürgerliches Recht und Versicherungsrecht

Teil III: Kollisionsrecht und Verfahrensrecht

Teil IV: Grundlagen und Rechtsvergleichung

Schlusswort

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Moritz Bälz, LL.M. (Harvard)

Lehrstuhl für Japanisches Recht und seine kulturellen Grundlagen, Goethe-Universität Frankfurt am Main

Assistent (1998–2001) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard)

Direktor (1997–2017) am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Dr. Duygu Damar, LL.M. (Istanbul Bilgi)

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Stipendiatin und Doktorandin der International Max Planck Research School for Maritime Affairs (2006–2009) und Referentin (ab 2009) am Institut bei Jürgen Basedow

Dr. Konrad Duden, LL.M. (Cambridge)

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Assistent (2012–2016) und Referent (ab 2016) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Ludwig-Maximilians-Universität München

Assistent (2003–2006) und Referent (2007–2014) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Franco Ferrari, LL.M. (Augsburg)

Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, New York University School of Law

Akademischer Rat an der Universität Augsburg (1992–1993) bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Michigan), Dipl.-Kfm.

Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Priv.-Doz. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale)

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Assistent (2008–2009) und Referent (ab 2009) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht, Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover

Assistent (2002–2006) und Referent (2007–2013) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger

Lehrstuhl für deutsches und europäisches Privatrecht sowie Internationales Privatrecht, Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Assistentin an der Universität Augsburg (1992–1995) und der Freien Universität Berlin (1995–1997) und Referentin (1997–2001) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Jan Kleinheisterkamp

London School of Economics and Political Science

Assistent (1998–2002) und Referent (2002–2004) am Institut bei Jürgen Basedow und Reinhard Zimmermann

Dr. habil. Eugenia Kurzynsky-Singer

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Assistentin (2004) und Referentin (ab 2007) am Institut bei Jürgen Basedow

Priv.-Doz. Dr. Jan D. Lüttringhaus,
Maîtrise en droit (Aix-en-Provence), LL.M. (Columbia)

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Assistent (2006–2009) und Referent (ab 2011) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Gewerblicher Rechtsschutz, Humboldt-Universität zu Berlin

Referent (2001–2007) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Ralf Michaels, LL.M. (Cambridge)

Arthur Larson Professor of Law, Duke University School of Law

Assistent (1997–1999) und Referent (2001–2002) am Institut bei Jan Kropholler und Jürgen Basedow

Dr. Friedrich Rosenfeld

Hanefeld Rechtsanwälte, Hamburg

Prof. Dr. Hannes Rösler, LL.M. (Harvard)

Professur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Siegen

Referent (2004–2013) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Giesela Rühl, LL.M. (Berkeley)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Assistentin (1999–2004) und Referentin (2005–2008) am Institut bei Jürgen Basedow

Dr. Dr. Jens M. Scherpe, M.A. (Cambridge), M. Jur. (Oxford)

Reader in Comparative Law, University of Cambridge

Assistent (1998–2002) und Referent (2002–2005) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Vassilios Skouris

Präsident des Europäischen Gerichtshofs a.D.

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M. (Berkeley)

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Augsburg

Referent (2002–2003 und 2004–2008) am Institut bei Jürgen Basedow

Priv.-Doz. Dr. Nadjma Yassari, LL.M. (London)

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Referentin (ab 2000) am Institut bei Jürgen Basedow

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann

Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AAA	American Arbitration Association
ABl.	Amtsblatt
ABRis-D-V	Allgemeine Bedingungen für die Risikolebensversicherung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AC	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AdoptVermiG	Adoptionsvermittlungsgesetz
ADR	alternative dispute resolution
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht / Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ägypt.	ägyptisch
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
allg.	allgemein
ALQ	Arab Law Quarterly
Alt.	Alternative
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Rev. Int'l Arb.	American Review of International Arbitration
Anh.	Anhang
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arb. Disp. Resol. L. J.	Arbitration and Dispute Resolution Law Journal
Arb. Int'l	Arbitration International
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
AÜ	Athener Übereinkommen über die Beförderung von Reisenden und ihrem Gepäck auf See
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Australian Yb. Int'l L.	Australian Yearbook on International Law
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen

B.C. Int'l & Comp.L.Rev.	Boston College International and Comparative Law Review
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Belgrade L. Rev.	Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIMCO	Baltic and International Maritime Council
BIT	bilateral investment treaty
BKartA	Bundekartellamt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BOKraft	Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr
BR	Baurecht (Zeitschrift)
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksachen
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CA	Court of Appeal
Cal. Ct. App.	California Appellate Reports
Cal. Rptr. 2d	California Reporter, Second Series
Can. Bus. L. J.	Canadian Business Law Journal
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CEFL	Commission on European Family Law
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen

CIM	Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf)
CIV	Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaires des voyageurs
Clev.St.L.Rev.	Cleveland State Law Review
CMI	Comité Maritime International
CMLR	Common Market Law Review
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
Co.	Company
COM	Document of the European Commission
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires
CPO	Civilprozeßordnung
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dems.	demselben
ders.	derselbe(n)
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
dies.	dieselbe(n)
DIVSI	Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
dsgl.	desgleichen
DSGVO	EU-Datenschutzgrundverordnung
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
EBOR	European Business Organization Law Review
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte
ECHR	European Court of Human Rights: Reports of the Judgments and Decisions
ECLI	European Case Law Identifier
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law

Erwgr.	Erwägungsgrund
ESchG	Gesetz zum Schutz von Embryonen
EStG	Einkommensteuergesetz
et al.	und andere
ETL	European Transport Law
EU	Europäische Union
EuEheVO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (auch Brüssel IIa-VO)
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGH	Europäischer Gerichtshof / Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Zeitschrift für Europäische Grundrechte
EuGüVO	Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands
EuGVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (auch Brüssel Ia-VO)
EuPartVO	Verordnung (EU) Nr. 2016/1104 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
Eur. J. L. Reform	European Journal of Law Reform
EuUnthVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWCA	England and Wales, Court of Appeal, Civil Division
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	High Court of England and Wales
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende

F. Supp.	Federal Supplement
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familienrecht (Zeitschrift)
FGG	Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FIATA	Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FSchG	Familienschutzgesetz
Ga. J. Int'l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
GBl.	offizielles Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GenDG	Gendiagnostikgesetz
gest.	gestorben
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHR	Die GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GPS	Global Positioning System
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GruchotB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
H.R.L.Rev.	Human Rights Law Review
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
HAVE	Haftung und Versicherung (Zeitschrift)
Herv. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers / der Verfasserin
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
HUP	Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht

HVR	Haag-Visby-Regeln
HWBEuP	Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Einzelnen
i.S.d.	im Sinne der/des
i.V.m.	in Verbindung mit
IATA	International Air Transport Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICC Int'l Ct. Arb. Bull.	ICC International Court of Arbitration Bulletin
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICS	Investment Court System
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IIA	International Investment Agreement
ILR	International Law Reports
Inc.	Incorporation
Ind. L. J.	Industrial Law Journal
insb.	insbesondere
Int. Encycl. Comp. L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int'l Law Rep.	International Law Reports
IoC	Identity of Carrier
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
iran.	iranisch
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
IUSCT	Iran-United States Claims Tribunal
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J. Disp. Resol.	Journal of International Dispute Resolution
J. Int'l Arb.	Journal of International Arbitration
J. Islam. & Comp. L.	Journal of Islamic and Comparative Law
J. Jurispr.	Journal of Jurisprudence
J. Priv. Int. L.	Journal of Private International Law
J.W.T.L.	Journal of World Trade Law
jap.	japanisch
JFBA	Japanese Federation of Bar Associations
Jh.	Jahrhundert
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JSRC	Justice System Reform Council (Japan)
JurBüro	Das Juristische Büro (Zeitschrift)
jurisPK-BGB	juris Praxiskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

Kap.	Kapitel
KB	King's Bench
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
L. & Contemp. Probl.	Law and Contemporary Problems
L. J.	Law Journal
L. Rev.	Law Review
LCIA	London Court of International Arbitration
Lewis & Clark L. Rev.	Lewis and Clark Law Review
LG	Landgericht
lit.	littera
LNTS	League of Nations Treaty Series
Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal
Loy. L. A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
Loyds Rep	Loyd's Law Reports
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
Ltd.	Limited
LTRI	Legal Training and Research Institute (Japan)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
Mod.L.Rev.	The Modern Law Review
MPI	Max-Planck-Institut
Mq. J. B. L.	Macquarie Journal Business Law
MÜ	Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr
MüKo	Münchener Kommentar
N.D.	Northern District
n.F.	neue Fassung
Nachdr.	Nachdruck
NIQB	High Court of Justice Northern Ireland: Queen's Bench Division
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
Nw. J. Int'l L.	Northwestern Journal of International Law and Business
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht

NZLR	New Zealand Law Reports
o. Nr.	ohne Nummer
OASIS	Organization for the Advancement of Structured Information Standards
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof
Ohio St. J. Disp. Res.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
OLG	Oberlandesgericht
OLG-Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
ÖNotZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖPNV	öffentlicher Personennahverkehr
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
P&I	Protection and Indemnity
Pac. Rim. L & Pol'y J.	Pacific Rim Law & Policy Journal
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PBZugV	Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr
PECL	Principles of European Contract Law
Penn St. L. Rev.	Penn State Law Review
Penn. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
pers.	persisch
PIBA	Personal Injuries Bar Association
PkwW	Personenkraftwagen
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
r+s	Recht und Schaden (Zeitschrift)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
Rec. Cours.	Recueil des cours
RegistrierungsG	Gesetz über die Registrierung von Urkunden und Grundstücken
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Hell. Dr. Int.	Revue Hellénique de Droit International
Rev.crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RF	Russische Föderation
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht

Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
russ.	russisch
RW	Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite
s.	siehe
S.Ct.	Supreme Court
SAR	Special Administrative Region
Sàrl	Société à responsabilité limitée
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SE	Societas Europaea
Sec.	Section
SGB	Sozialgesetzbuch
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverband
SIAC	Singapore International Arbitration Center
SJ	Semaine Judiciaire (Zeitschrift)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannte(r)
SR	Soziales Recht – Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
St. Louis Univ. L.J.	Saint Louis University Law Journal
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
StAZ	Das Standesamt (Zeitschrift)
SVR	Straßenverkehrsrecht (Zeitschrift)
SZ RF	Sobranie sakonow Rossijskoj Federatii (Gesetzessammlung)
TCC	Tax Court of Canada
TranspR	Transportrecht (Zeitschrift)
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Textziffer
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
u.a.	unter anderem
U.S. Dist. LEXIS	United States District Court (LEXIS)
U.S.C.	United States Code
u.U.	unter Umständen

UAbs.	Unterabsatz
UCLA	University of California, Los Angeles
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
UNTS	United Nations Treaty Series
US	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen (bzw. über) den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
v.a.	vor allem
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
Vestnik VAS	Mitteilungsblatt des Obersten Wirtschaftsgerichts
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VW	Versicherungswirtschaft (Zeitschrift)
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
Wis. Int'l L.J.	Wisconsin International Law Journal
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
World Arb. Med. Rev.	World Arbitration and Mediation Review
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
Y.B. Comm. Arb.	ICCA Yearbook Commercial Arbitration
Yale L. J.	Yale Law Journal
Yb. Int'l Arb.	Yearbook of International Arbitration
Yb. PIL	Yearbook of Private International Law
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZDAR	Zeitschrift für deutsches und amerikanisches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

ZEW	Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJapanR	Zeitschrift für Japanisches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZP Int	Zeitschrift für Zivilprozess International

Geleitworte

„Mehr Freiheit wagen“: Jürgen Basedow zum Abschied aus dem aktiven Dienst am Hamburger Max-Planck-Institut

Reinhard Zimmermann *

I.

Im Sommersemester 1933 hielt Fritz Schulz an der Berliner Friedrich-Wilhelms-Universität eine Reihe von Vorlesungen, denen er den Titel „Prinzipien des römischen Rechts“ gab; 1934 erschienen sie bei Duncker & Humblot im Druck. Schulz, damals 54 Jahre alt und seit 1931 Professor in Berlin, war einer der angesehensten Romanisten seiner Zeit. Er wohnte in einer Villa in Dahlem, dem „deutschen Oxford“, und verdiente mehr als eineinhalb Mal so viel wie der Präsident des Reichsgerichts. Nach der Rassenideologie der Nazis war Schulz Halbjude; zudem war er während der Weimarer Zeit für die Deutsche Demokratische Partei aktiv gewesen. Er war deshalb einer von zwei Professoren der Berliner juristischen Fakultät, die bereits im Herbst 1933 zunächst zwangsversetzt, dann zwangspensioniert und schließlich in die „Emigration“ getrieben wurden. Die „Prinzipien des römischen Rechts“ waren nicht nur die letzten Vorlesungen von Fritz Schulz in Berlin, sondern überhaupt seine letzten Vorlesungen. F.A. Mann, damals Assistent an der Berliner Fakultät, beschrieb sie später „in truth and substance [as] nothing but a veiled attack on Nazi despotism and lawlessness“. In der Tat ließen sich auf diese Weise insbesondere die Abschnitte verstehen, die Schulz den römischen Werten der *humanitas*, *fides,* und *libertas* widmete.

Am heutigen Tage mag uns die Re-Lektüre von Schulz daran erinnern, dass ein Symposium unter dem Titel „Mehr Freiheit wagen“ eigentlich mit dem römischen Recht beginnen sollte. Denn ihr Freiheitsstreben erschien den Römern selbst „als nationale Besonderheit[;] alle Nationen können, so meinen sie, die Knechtschaft ertragen, nur die römische Nation nicht“. Im Privat-

* Text der Begrüßungsansprache zum Symposium „Mehr Freiheit wagen“ anlässlich der Emeritierung von Jürgen Basedow. Alle Angaben im ersten Absatz nach *Wolfgang Ernst*, Fritz Schulz (1879–1957), in: Jurists Uprooted, hrsg. von Jack Beatson/Reinhard Zimmermann (Oxford 2004) 105 ff.; alle Zitate im zweiten Absatz entstammen *Fritz Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts (Berlin 1934) 95–111.

recht führte das Freiheitsprinzip „zu einer ausgeprägt individualistischen Gestaltung". Zu denken ist in diesem Zusammenhang an die Vertragsfreiheit (die, auch wenn der Satz *pacta sunt servanda* gerade noch nicht galt, doch der Sache nach weitgehend anerkannt war), und an den individualistischen Charakter des römischen Eigentums. Zu denken ist aber auch an die Testierfreiheit, die die Römer begründet haben; das gesetzliche Erbrecht stand für sie an zweiter Stelle – es ist *In*testaterbrecht, das nur dann Anwendung findet, wenn die als das Normale gedachte testamentarische Erbfolge nicht eingreift. Der individualistische Zug des römischen Privatrechts tritt ebenso bei der Behandlung der privatrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisse zutage, denen die römischen Juristen „nicht freundlich gegenüber[standen]". So ist also in der Tat, resümiert Schulz, „das römische Privatrecht ein *monumentum aere perennius* des römischen Freiheitssinns". Diese bis heute gültige Einschätzung möge also den Beginn unseres Symposiums markieren, ist dieses Symposium doch mit Jürgen Basedow einem Mann gewidmet, den neben so vielem Anderen auch das römische Recht interessiert hat. Immerhin sind im Sachverzeichnis seiner Habilitationsschrift über den Transportvertrag sechs Einträge zum *receptum nautarum cauponum stabulariorum* zu finden (also deutlich mehr als zu „Rundfahrt bei geschlossener Tür", „Ro-Ro-Schiffahrt" oder „Kargadör"), und auch in seinem einschlägigen Eintrag im Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts findet das *receptum* Erwähnung.

II.

Mit Jürgen Basedow scheidet Ende September dasjenige Mitglied des gegenwärtigen Direktorentriumvirats aus dem aktiven Dienst aus, das dem Hamburger Max-Planck-Institut weitaus am längsten verbunden war: Er war am Institut von 1975 bis zu seiner Berufung an die Universität Augsburg 1987 als Mitarbeiter und Referent tätig und dann wieder von 1997 bis 2017 als Wissenschaftliches Mitglied und Direktor. Er kennt das Institut und alle seine Abläufe so gut wie kein Anderer. Auch für Jürgen Basedow aber gab es eine Zeit vor Max Planck, und aus dieser Zeit rührt unsere freundschaftliche Verbundenheit her. Wir hatten während unserer Studienzeit denselben Vertrauensdozenten der Studienstiftung und haben auch die eine oder andere Lehrveranstaltung gemeinsam absolviert. Ich erinnere mich insbesondere an eine Vorlesung zum Handelsrecht (die bei Jürgen Basedow offenbar einen bleibenderen Eindruck hinterlassen hat als bei mir).

Was mir schon damals besonders imponiert hat, war Jürgens Weltoffenheit. Bereits in einer Zeit vor Erasmus und Erasmus Plus hat er in Hamburg, Genf, Paris, Den Haag und Harvard studiert. Das war seinerzeit ganz und gar ungewöhnlich. Die Rechtsvergleichung hat Jürgen Basedow damit gleichsam

mit der juristischen Muttermilch aufgesogen; sie wurde ihm zu einer Berufung. Auch während seiner akademischen Laufbahn ist er regelmäßig im Ausland tätig gewesen, so im Rahmen von Gastprofessuren in Italien, Frankreich, England, in den USA und den Niederlanden, in Tunesien, Russland und China (dort z.B. als Marco Polo Fellow des „Seidenstraßeninstituts").

Ebenso charakteristisch wie sein konsequent gelebter Kosmopolitismus war schon immer und ist bis heute die enorme Spannweite von Jürgen Basedows fachlichen Interessen. In dem ihm zum 60. Geburtstag gewidmeten Festheft von RabelsZ finden sich Beiträge zum IPR, zum nationalen und internationalen Kaufrecht, zum allgemeinen europäischen und internationalen Vertragsrecht, zum Wettbewerbsrecht, Familienrecht, Berufsrecht und zur Klauselkontrolle. Alle diese Beiträge spiegeln wissenschaftliche Interessen von Jürgen Basedow, die durch reiches literarisches Wirken belegt sind. Daneben gibt es allerdings noch weitere Bereiche, mit denen er sich ebenso intensiv und grundlegend auseinandergesetzt hat: Transportrecht, Versicherungsvertragsrecht, Seerecht. Schließlich dokumentiert seine Publikationsliste auch ein lebhaftes Interesse an Grundfragen: solchen der Globalisierung ebenso wie der europäischen Integration und der Rechtsvergleichung.

Ein drittes durchgängiges Charakteristikum von Jürgen Basedows Werk und Wirksamkeit ist sein Interesse nicht nur für Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung (und damit also Rechtswissenschaft), sondern auch für die praktische Seite des Rechts und für die Rechtspolitik. Hinzu kommt die Tätigkeit in einer Fülle von Beratungsgremien auf deutscher und europäischer Ebene sowie in einer ebenso großen Vielzahl wissenschaftlicher Vereinigungen und Gesellschaften weltweit. Jürgen Basedow hat sich auch nie gescheut, Führungspositionen zu übernehmen, wenn sie ihm angetragen wurden, vom Vorsitz der Monopolkommission bis hin zur Funktion des Generalsekretärs der *Académie internationale de droit comparé*. Innerhalb der Max-Planck-Gesellschaft war er Vorsitzender der Geistes-, Sozial- und Humanwissenschaftlichen Sektion ebenso wie Chef des Göttinger Instituts für Geschichte in dessen Abwicklungsstadium.

Die mir zugemessene Zeit lässt es nicht zu, die Fülle von grundlegenden Publikationen und die globale Wirkung von Jürgen Basedow zu würdigen, noch auch die ihm zuteil gewordenen Ehrungen aufzuzählen (darunter fünf Ehrenpromotionen).

Ich hatte das große Vergnügen, die Karriere von Jürgen Basedow von Anfang an zu verfolgen. Wir haben uns seit unserer Studienzeit immer wieder ausgetauscht; über Studienerfahrungen („Das erste Trimester mit sieben Wochenstunden an der Harvard Law School (Vorort von Boston, Mass.) ist vorüber, die Examina stehen bevor […] Nach drei Monaten Stoffhuberei habe ich die Nase voll"; Luftpostleichtbrief vom 4. Dezember 1980), über berufliche Perspektiven („Was nun den Zugang zur akademischen Laufbahn betrifft, so sind die Aussichten in Deutschland zur Zeit ja nicht gerade rosig";

handschriftlicher Brief vom 14. August 1985) oder über persönliche Sorgen („Du fragst nach der Eingewöhnung des Hanseaten in Bayern. Nun, ich will nicht leugnen, daß es mich gelegentlich wieder nach Norden zieht“; maschinenschriftlicher Brief vom 5. August 1987); und wir sind in vielfältiger Weise miteinander verbunden, nicht zuletzt durch die gemeinsame Gründung der ZEuP im Jahre 1992 und später durch 15 gemeinsame Jahre im Direktorium des Instituts.

III.

So wird jeder der hier Versammelten seine persönliche Geschichte mit Jürgen Basedow erzählen können. Die Erinnerungen seiner Schüler bieten ein ganzes Kaleidoskop von Eindrücken. So hebt Nadjma Yassari die große Offenheit von Jürgen Basedow auch für außereuropäische Rechtskulturen hervor, und sie erinnert daran, wie er sich 2007 im Herzen der schiitischen Geistlichkeit in der zentralasiatischen Stadt Qom mit religiösen Würdenträgern und Gelehrten austauschte. Jan Lüttringhaus berichtet, dass der Chef die Monographien seiner Schüler ebenso selbstverständlich in den Strandkorb auf Sylt wie nach Kyoto mitgenommen habe (der Ausdruck dieser Monographien hatte deshalb immer doppelseitig zu erfolgen!). Nach getaner Arbeit in zahlreichen Sitzungen des Deutschen Rats für IPR durfte, so Eva-Maria Kieninger, „natürlich ein Glas Silvaner nicht fehlen“. Christian Heinze traf Jürgen Basedow auf einer Sommerakademie der Studienstiftung des deutschen Volkes auf der Ile de Ré, wo er sich vor einer meldepflichtigen Magen-Darm-Infektion dadurch zu schützen verstand, dass er „dank eines Mietwagens eher in den empfehlenswerten Restaurants der Region“ als in dem Apartmentkomplex der Akademie seine Mahlzeiten einnahm. Wolfgang Wurmnest rühmt die große Toleranz des Chefs im Hinblick auf dubiose Sportpraktiken („Sie laufen um die Alster? Die ganze Alster?“). „Fachliche Breite wagen. Meinung wagen. Abgeben wagen“: Das ist, was Ralf Michaels von ihm gelernt hat. Doch nachstreben könne man dem allenfalls unzulänglich, denn „Basedow sein kann nur Basedow“. Alle seine Schüler eint wohl, dass sie an ihrem Lehrer schätzen, was Anatol Dutta mit den Worten ausdrückt: Klarheit, Präzision, Ehrlichkeit, Effizienz, Respekt, Verbindlichkeit, Geradlinigkeit, Verlässlichkeit, Unaufgeregtheit (und sie alle nehmen eine prägende Erinnerung mit an „geradezu kalligraphisch anmutende“ Widmungen auf Sonderdrucken und an die schwungvolle JB-Paraphe).

All diese Reminiszenzen stammen aus Beiträgen von Jürgen Basedows akademischen Schülern zu einer Sonderausgabe der „Private Law Gazette“ des Instituts, die heute unter dem Namen „Basedow Law Gazette 2017“ erscheint und die ich dem Destinatär gleich überreichen möchte. Es handelt

sich dabei, wie auch bei dem Symposium heute und morgen, um ein kleines Zeichen des Dankes für den großen Beitrag, den Jürgen Basedow als Forscher und Lehrer, als das Profil des Instituts prägender Direktor, sowie als unermüdlich alle Teile der Welt bereisender Botschafter des Instituts für dessen Ansehen geleistet hat.

Damit komme ich auf den Beginn meiner kleinen Ansprache zurück. Heute ist nicht nur Jürgen Basedows vorletzter Tag als aktiver Direktor, sondern auch sein 68. Geburtstag. Deshalb schließe ich nicht nur mit dem herzlichen Dank des Instituts, sondern auch mit dem alten lateinischen Wunsch

„quod bonum, faustum, felix, fortunatum sit“.

Dinner Speech

Holger Fleischer

Aufmerksame Leser von Festschriften kennen die Rubrik „Der Jubilar als Kollege“. Sie wissen auch, dass dem Verfasser solcher Zeilen kein verständiges Urteil über die wissenschaftlichen Leistungen des Jubilars zugetraut wird: Er soll sich gefälligst auf die kollegiale Ebene beschränken.

Wenn mir also für heute Abend aufgetragen wurde, über „Jürgen Basedow als Kollegen“ zu sprechen, so wissen Sie jetzt, was das bedeutet: Ich soll ja kein Wort über seine großen Arbeiten zum IPR, zum Versicherungs- und Kartellrecht oder zum Europäischen Privatrecht verlieren. Das könne ich gar nicht richtig estimieren und einordnen … und wahrscheinlich stimmt das auch.

Nun denn: „Jürgen Basedow als Kollege“. Sechs Schlaglichter:

1. Jürgen Basedow als virtueller Kollege

Ich muss damit beginnen, dass Jürgen Basedow die meiste Zeit gar kein richtiger Kollege aus Fleisch und Blut ist. Häufig ist er physisch nicht greifbar, weil er als unermüdlicher Botschafter – oder besser: Außenminister – des Instituts die ganze Welt bereist, heute noch in Japan, morgen in Russland, übermorgen in Südamerika. Manchmal stieg sogar der Verdacht in mir auf, er sei an zwei Orten gleichzeitig.

Diese Gabe der Bilokation wird in der katholischen Kirche nur wenigen zugeschrieben, etwa Antonius von Padua. Die Protestanten – gut zu wissen – haben Jürgen Basedow und sind damit durchaus satisfaktionsfähig. Gerne würde ich darüber nachdenken, was Bilokation wohl für die Anknüpfung im IPR bedeutet, aber darüber darf ich ja nicht sprechen.

2. Jürgen Basedow als Tastenkönig

Bei aller Entfernung war Jürgen Basedow selbst aus dem entferntesten Winkel immer mit dem Institut verbunden. Als elektronische Nabelschnur dient ihm sein I-Phone. Ich muss sagen, ich habe noch nie einen Menschen über 50 so schnell in sein I-Phone tippen sehen. Selbst mein 10jähriger Sohn als „digital native“ könnte da vermutlich nicht mithalten.

Dasselbe bei Besprechungen im Kollegium, wenn wir eine bestimmte Information brauchten: Reinhard Zimmermann und ich kramten noch in unserem Gedächtnis oder in unseren Papieren, da hat Jürgen Basedow die Antwort schon längst aus dem Netz gezogen.

Man sagt ja gelegentlich, Politiker regierten mit dem Handy. Jürgen Basedow kann das auch, nur viel schneller. Wie häufig habe ich gedacht, ich hätte die falsche E-Mail-Adresse eingegeben, als sich mein eigenes I-Phone sofort wieder meldete, nachdem ich ihm eine Nachricht geschickt hatte („pling“). Die E-Mail-Adresse war immer richtig; Jürgen Basedow hatte postwendend (oder e-mail-wendend, falls es das Wort schon gibt) geantwortet. Wer sich selbst in der Instituts-Verwaltung mit Kollegen abstimmen muss, weiß, welche Wohltat das ist, wenn man schnelle Antworten erhält.

3. Jürgen Basedow als Macher

Jürgen Basedow ist kein Zögerer oder Zauderer, kein Cunctator, sondern ein zupackender Macher. Er ergreift Möglichkeiten, die sich ihm bieten, und macht was draus: Die Welt ist seine Werkstatt, wie es in der Hornbach-Werbung heißt. Ein Beispiel von vielen: die Max Planck Research School for Maritime Affairs, die Jürgen Basedow aus dem Boden gestampft und lange Jahre erfolgreich geleitet hat.

Aus der Theorie der Teamzusammensetzung wissen wir, dass jedes erfolgreiche Team einen Macher braucht. So steht es bei Meredith Belbin: „Management Teams: Why They Succeed or Fail“. Jürgen Basedow war in unserem Kollegium definitiv der Macher. In der Fachliteratur heißt der auch „Shaper“. Daneben gibt es noch zwei weitere Rollen: den „Implementer“ und den „Completer“. Wer diese beiden anderen Rollen im Kollegium bekleidet, darüber will ich hier nicht weiter räsonieren.

4. Jürgen Basedow als Bürokratiefeind

Mit bürokratischen Vorschriften steht Jürgen Basedow auf Kriegsfuß. Regularien, die ihn in seinem Freiheitsdrang bändigen wollen, sind ihm ein Gräuel – insbesondere wenn sie aus der Generalverwaltung in München kommen. Dann schießt er aus vollem Rohr zurück oder schüttet Kübel voller Ironie aus. Unvergessen sein Auftritt auf der Weihnachtsfeier vor einigen Jahren, als er eine Rettungsweste mit der Aufschrift „Institutsleitung“ trug, weil die Generalverwaltung die Anschaffung solcher Westen vorgeschrieben hatte. M.E. war seine Kritik völlig überzogen; immerhin gab es eine Rettungsweste in seiner Größe (was man von Flugzeugsitzen nicht immer sagen kann).

5. Jürgen Basedow als Mäzen

Zu Angenehmerem: Jürgen Basedow als Mäzen. Wir alle wissen, dass er dem Institut viel verdankt, und er wird nicht müde, dies auch zu betonen. Wenig Aufhebens macht er umgekehrt davon, dass er auch viel zurückzahlt. So hat Jürgen Basedow dem Institut vor einigen Jahren eine beträchtliche Summe gespendet, damit aus den Erträgen Institutsprojekte gefördert werden können. In diesem Sinne ist Jürgen Basedow gleichsam der Klaus-Michael Kühne des Hamburger MPI. Natürlich waren es nicht 50 Millionen, die er aus seiner Privatschatulle beisteuerte, aber bei Nachwuchs*wissenschaftlern* sind die Ablösesummen auch niedriger als bei Nachwuchs*kickern*.

6. Jürgen Basedow als Meistertrainer

Eine letzte Rolle, die uns heute schon besondere Freude gemacht hat: Jürgen Basedow als Meistertrainer.

Wir haben am Nachmittag schon dem Wohlklang seiner Meistersinger und Meistersingerinnen lauschen dürfen. Ohne dass ich das Beratungsgeheimnis im Kollegium breche, darf ich sagen, dass sich Jürgen Basedow für seine Schüler und Schülerinnen immer besonders stark gemacht hat, wenn dazu Anlass bestand. Gleichzeitig hat er sie aber – das ist jedenfalls mein Eindruck als externer Beobachter – an der langen Leine geführt. Volle ideelle Unterstützung und lange Leine: Wer wollte da nicht gerne Schüler von Jürgen Basedow sein.

Lieber Jürgen,

auch wenn Deine Kollegen wenig vom IPR verstehen, so möchten sie Dir heute doch sehr herzlich danken für lange Jahre einer fruchtbaren und vor allem harmonischen Zusammenarbeit, für viele Anregungen, enormen Einsatz und institutsbezogenen Gemeinsinn.

Ganz entlassen wirst Du aus dem Kollegium nicht. Vielmehr wollen wir dich in einer neuen Rolle an unserer Seite wissen:

Jürgen Basedow als „of Counsel“

Was daraus geworden ist, darüber werde ich an anderer Stelle einmal berichten.

Eröffnungsbeitrag

Das Prinzip Vertragsfreiheit aus der Sicht eines Außenseiters

Vassilios Skouris

I. Einleitung

Manche Leser werden sich möglicherweise fragen, was mich bewogen hat, das folgende Thema zu übernehmen. Wie komme ich dazu, mich grundsätzlich zur Vertragsfreiheit zu äußern, d.h. zu einem zentralen und ideologiegeladenen Thema des Privatrechts, noch dazu vor einem Kreis von Fachleuten und ausgerechnet vor den kritischen Augen von Jürgen Basedow, der bereits mit seinem im Mittelpunkt des Symposiums stehenden Buch über „Mehr Freiheit wagen“, aber auch durch weitere profunde Beiträge Maßstäbe

gesetzt hat.[1] Was kann man unter diesen Umständen von jemandem wie mir erwarten, der lange Zeit dem Öffentlichen Recht verschrieben war, bevor er aus gegebenem Anlass die Freuden des Europarechts entdeckt hat – anders ausgedrückt: was sollte man einem Außenseiter zumuten? Ich fürchte, nicht viel, und deshalb bitte ich darum, den Begriff „Außenseiter" gut in Erinnerung zu behalten.

Auf der anderen Seite war es für mich selbstverständlich, an diesem Symposium mitzuwirken, weil mir vor einigen Jahren die unerwartete Ehre zuteilwurde, zu diesem gastfreundlichen Institut eine institutionelle Verbindung zu gründen und auszubauen. So hatte ich Gelegenheit, zu bewundern, was hier vollbracht wird, wie die Institutsdirektoren und ihre sehr qualifizierten Mitarbeiter das Privatrecht international pflegen und rechtsvergleichend vertiefen und dabei von der gesammelten Erfahrung ihrer Vorgänger auf vorbildliche Weise profitieren.

II. Das Prinzip Vertragsfreiheit

Nun zur Vertragsfreiheit: Man könnte etwas polemisch fragen, ob es heute noch der Realität entspricht, von Vertragsfreiheit zu sprechen, oder ob nicht der Akzent auf ihre Einschränkungen gelegt und geprüft werden müsste, welche Auswirkungen die vielfältigen Beschränkungen auf das Prinzip „Vertragsfreiheit" haben. Denn viele finden es nicht übertrieben, zu behaupten, dass die Geschichte der Vertragsfreiheit eigentlich die Geschichte ihrer Einschränkungen ist, so dass es gerechtfertigt erscheint, eher die Frage zu stellen, was heute von der Vertragsfreiheit übrig geblieben ist.[2]

1. Vertragsfreiheit und Privatautonomie

Bevor ich eine Antwort auf diese Frage wage, sind einige grundsätzliche Punkte zu klären. Zunächst einmal wäre an die enge Beziehung zwischen Vertragsfreiheit und Privatautonomie zu erinnern.[3] Wenn Privatautonomie

---

[1] *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen – Über Deregulierung und Wettbewerb (Tübingen 2002); *ders.,* A Common Contract Law for the Common Market, CMLR 33 (1996) 1169 ff.; *ders.,* Die europäische Zivilgesellschaft und ihr Recht – Zum Begriff des Privatrechts in der Gemeinschaft, in: FS Claus-Wilhelm Canaris, Bd. I (München 2007) 43 ff.; *ders.,* Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 16 (2008) 230 ff.

[2] Vgl. nur *Hein Kötz,* Europäisches Vertragsrecht[2] (Tübingen 2015) 8 mit Fn. 23: „Freilich gibt es viele Stimmen, die der Vertragsfreiheit bereits das Todesglöckchen geläutet haben".

[3] Die Bedeutung der Privatautonomie betont vor allem *Werner Flume,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft[4] (Berlin u.a. 1992) § 1, Abschn. 8 (Privatautonomie und Vertragsfreiheit).

das Recht bzw. die Freiheit beinhaltet, seine privaten Rechtsverhältnisse in eigener Verantwortung zu gestalten, bildet die Vertragsfreiheit die Hauptform dieser wichtigen Gestaltungsmacht. Die Beziehung zwischen diesen beiden Prinzipien nimmt solche Ausmaße an, dass die Begriffe oft als Synonyma benutzt werden. Bedeutende Rechtslehrer bestehen freilich darauf, dass die Anerkennung der Privatautonomie Voraussetzung für die Vertragsfreiheit ist und dass Letztere vielleicht die wichtigste, aber nicht die einzige Folge der Ersteren ist.[4] Um dies zu belegen, wird auf den Aufbau des BGB Bezug genommen und darauf hingewiesen, dass die freie Verfügung über das Privateigentum, die Begründung der Familie in Verbindung mit ihrer primär privatrechtlichen Ausgestaltung und die Anerkennung der Testierfreiheit einschließlich des Erbrechts der nahen Angehörigen tragende Säulen der Privatautonomie sind und – mit der Vertragsfreiheit an erster Stelle – der Aufteilung des BGB in Schuld-, Sachen, Familien- und Erbrecht entsprechen.[5]

2. *Vertragsfreiheit auf Verfassungshöhe*

Ein zweiter Aspekt der Privatautonomie trägt dem Umstand Rechnung, dass dieses Prinzip inzwischen Verfassungsrang erreicht hat bzw. Grundrechtsschutz genießt. Indem nämlich die Privatautonomie die Selbstbestimmung des Menschen verwirklicht, soll sie zunächst in Gestalt der Vertragsfreiheit einen Bestandteil der Menschenwürde und der allgemeinen Handlungsfreiheit bilden und wird daher von den fundamentalen Art. 1 und 2 Grundgesetz (GG) gedeckt.[6] Die Privatautonomie verfügt aber über weitere verfassungsrechtliche Wurzeln durch die Gewährleistung des Privateigentums sowie des Erbrechts in Art. 14 Abs. 1 GG und den besonderen Schutz von Ehe und Familie, wie er in Art. 6 Abs. 1 GG vorgesehen ist. Was diese neuere Entwicklung für die Vertragsfreiheit mit sich bringt, werde ich später erörtern. Hier wäre noch hinzuzufügen, dass die Privatautonomie in allen ihren Facetten lange vor ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung anerkannt und ausgebaut war und dass die Verbindung zu spezifischen Grundrechten gewissermaßen nachgereicht wurde. Es ist z.B. bekannt, dass bereits das römische Recht durch eine stark individualisierte Gestaltung des Privatrechts charakterisiert war,[7]

---

[4] *Flume,* Rechtsgeschäft (Fn. 3) Abschn. 6 a (Der Vertrag als Hauptform privatautonomer Gestaltung von Rechtsverhältnissen).

[5] *Claus-Wilhelm Canaris,* Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: FS Peter Lerche (München 1993) 873, 877 f.

[6] *Canaris,* Verfassungs- und europarechtliche Aspekte (Fn. 5) 874; *Dieter Medicus/ Stefan Lorenz,* Schuldrecht I, Allgemeiner Teil[21] (München 2015) § 9 Rn. 66; aus der Sicht eines Öffentlichrechtlers: *Peter Badura,* Staatsrecht[5] (München 2012) C 82 (S. 261 f.), und insbesondere *Matthias Ruffert,* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (Tübingen 2001) 287 ff.

[7] Dazu *Fritz Schulz,* Prinzipien des römischen Rechts (Berlin 1934, Nachdr. 1954) 99 ff. m.w.N.

so dass davon gesprochen werden kann, dass die Römer die Privatautonomie praktizierten und realisierten.[8] Dem Privatrecht wurden seinerzeit genau die Materien zugerechnet, die – wie die Familie, das Eigentum oder das Vermögen – Gegenstände der rechtlichen Individualsphäre waren, weil der Einzelne sie nach seinem Belieben selbständig gestalten konnte.[9] Erwähnenswert ist noch, dass die Weimarer Reichsverfassung sich besonders um die Vertragsfreiheit kümmerte, indem sie in Art. 152 bestimmte, dass im Wirtschaftsverkehr Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze galt. Dass das Grundgesetz diese Regelung nicht übernommen hat, wird nicht als ein Zeichen dafür gesehen, dass der verfassungsrechtliche Status der Vertragsfreiheit heute minderer Qualität sei.[10]

3. Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit

Der dritte Punkt betrifft das Verhältnis der Vertragsfreiheit zur Gerechtigkeit, weil die Vertragsfreiheit sich seit langem gegen den Vorwurf verteidigen muss, dass sie zu sozial ungerechten Vereinbarungen führen kann, wenn und weil die am Vertrag beteiligten Parteien oft nicht gleich stark sind. In idealer Weise funktioniert die Vertragsfreiheit bei einer synallagmatischen Beziehung, wenn die Vertragspartner „sich mit der Macht zur Selbstbestimmung gegenüberstehen und nicht durch die Macht des einen statt der beiderseitigen Selbstbestimmung eine einseitige Fremdbestimmung eintritt".[11] Eine solche Vertragsparität ist aber in einer Reihe von Fällen nicht gegeben und so stellen viele Autoren die Frage, ob und inwieweit Verträge auch Gerechtigkeitspostulate verwirklichen sollen, weil – nicht zuletzt unter dem Einfluss des GG und der Qualifizierung der Bundesrepublik als eines sozialen Rechtsstaats – es geboten erscheint, dort, wo die Selbstbestimmung des schwächeren Vertragspartners derart gestört ist, dass Fremdbestimmung durch den mächtigeren Partner droht, das Vertragsrecht korrigierend eingreifen müsste.[12]

Es gilt als sicher, dass die Übermacht einer Vertragspartei Konsequenzen nach sich ziehen muss. Die Rechtsordnung kommt der schwachen Partei zu Hilfe und benutzt dabei Instrumente wie den Kontrahierungszwang oder den Verbraucher-, Mieter- und Arbeitnehmerschutz.[13] Was mich in diesem Zu-

---

[8] Ohne sie ausdrücklich als Prinzip anzuerkennen: Grundlegend *Christian Baldus,* Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010) 2, 7, 29.

[9] So *Max Kaser/Rolf Knütel,* Römisches Privatrecht[17] (München 2003) 38 Rn. 5.

[10] *Badura,* Staatsrecht (Fn. 6) 261 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

[11] *Flume,* Rechtsgeschäft (Fn. 3) 10.

[12] Grundsätzlich und grundlegend *Claus-Wilhelm Canaris,* Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 200 (2000) 272, 277 ff., 283 ff.

[13] Zum Verbraucherschutz *Martin Schmidt-Kessel,* Binnenmarkt im Gleichgewicht – Folgen der Akzentverschiebung für den Verbraucher, in: FS Peter-Christian Müller-Graff (Baden-Baden 2015) 163 ff.

sammenhang jedoch nicht ganz überzeugt, ist die Gegenüberstellung von Vertragsfreiheit und Gerechtigkeit bzw. die Forderung, dass der Einsatz der Vertragsfreiheit mit Rücksicht auf den sozialen Rechtsstaat zu irgendwie „gerechten" Ergebnissen führen müsste. Es leuchtet nicht unbedingt ein, dass Verträge „Gerechtigkeit" herstellen wollen oder dass die zum Schutz des schwächeren Vertragspartners eingeführten Instrumente den sozialen Rechtsstaat verwirklichen. Ist es nicht vielmehr so, dass in dem Maß, in dem die für die Privatautonomie wie für die Vertragsfreiheit denknotwendige Bedingung der Selbstbestimmung bei einer Vertragspartei ganz fehlt oder erheblich eingeschränkt ist, das Gesetz oder im Arbeitsrecht die Kollektivvereinbarung eingreifen, um das gestörte Gleichgewicht herzustellen? Dann ist es nicht notwendig, höhere oder höchste Werte wie die Gerechtigkeit oder den sozialen Rechtsstaat ins Feld zu führen, die schon wegen ihrer Abstraktheit die Rechtsfindung nicht erleichtern, sondern eher erschweren. Vielleicht war der Glanz des GG so stark, dass man sich genötigt gesehen hat, die materielle Seite der Vertragsfreiheit im Sinn einer tatsächlichen Entscheidungsfreiheit der Vertragspartner zu beleuchten.

4. Die unionsrechtliche Seite der Vertragsfreiheit

Beim nächsten Punkt steht die unionsrechtliche und mir etwas mehr vertraute Dimension der Vertragsfreiheit im Vordergrund. Diese wiederum hängt mit der Entwicklung des europäischen Vertragsrechts zusammen – einer Entwicklung, die unabwendbar war im Anschluss an die Entstehung eines Gemeinsamen und dann sogar eines Binnenmarktes mit der breiten Anerkennung der vier Grundfreiheiten für die Unionsbürger und die auf dem Gebiet der EU niedergelassenen Unternehmen. Der Wunsch nach einem gemeineuropäischen Zivilrecht wurde früh geäußert und stark unterstützt,[14] eine Reihe von Initiativen wurde in diesem Zusammenhang hauptsächlich von Rechtslehrern unternommen,[15] von denen einige mit diesem Institut eng verbunden sind, ohne allerdings zu einem greifbaren – geschweige denn durchschlagenden – Erfolg zu führen.

Auf der anderen Seite ist es eine Tatsache, dass das Unionsrecht einen erheblichen Einfluss auf die Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten ausübt und mittlerweile ganz verschiedene Bereiche erfasst – wenn auch mit unterschiedlicher Stärke. Zum Beispiel sind Regelungen auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes großenteils unionsrechtlichen Ursprungs mit mehreren Richtlinien, wobei die zweifellos sehr wichtige Richtlinie über die Produzenten-

---

[14] Vgl. *Basedow,* CMLR 33 (1996) 1169 ff. Besonders intensiv hat sich Peter-Christian Müller-Graff um ein „Gemeinschaftsprivatrecht" bemüht: Vgl. dazu *ders.,* Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht – Gemeinschaftsprivatrecht[2] (Baden-Baden 1991).

[15] Vgl. nur *Reinhard Zimmermann,* Textstufen in der modernen Entwicklung des europäischen Privatrechts, EuZW 2009, 319 ff. m.w.N.

haftung fragmentarischen Charakter hat und eine lediglich beschränkte Rechtsangleichung bewirkt. Wahr ist, dass wichtige Regeln über das Zustandekommen von Verträgen, ihre Auslegung, Art und Umfang von Vertragsmängeln und deren Auswirkungen oder die Haftung der Vertragsparteien bei Nichterfüllung nach wie vor den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben, und es sieht ganz danach aus, dass dies sich in nächster Zeit nicht wesentlich ändert. Die Gründe dafür können viele der hier Anwesenden viel besser erklären. Ich möchte mich in diesem Stadium auf die Feststellung beschränken, dass das Fehlen eines gemeinsamen europäischen Vertragsrechts nicht von allen bedauert wird – ganz im Gegenteil gibt es gegen ein solches Werk erhebliche Einwände, die man ernst nehmen muss.[16] Gleichwohl werde ich mir am Ende meiner Ausführungen eine Bemerkung diesbezüglich erlauben.

5. Abschluss- und Inhaltsfreiheit

Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass bei der Vertragsfreiheit zwischen Abschlussfreiheit und Freiheit der inhaltlichen Vertragsgestaltung unterschieden wird. Die Rechtsdogmatik sieht es als ihre vorrangige Aufgabe an, die Ausnahmen von diesen beiden Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit aufzuzeigen, zu begründen und zu systematisieren. Keine Abschlussfreiheit, sondern eine Abschlusspflicht im Sinne eines Kontrahierungszwangs gilt in einer Reihe von Fällen, bei denen der Einzelne z.B. auf Leistungen von Versorgungsträgern angewiesen ist, einer faktischen Monopolstellung gegenübersteht oder – allgemein formuliert – durch das Nichtkontrahieren in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise geschädigt werden kann. Inhaltliche Beschränkungen treten in einer milderen Form ein durch zwingende Gesetzesbestimmungen und einen etwaigen durch Gesetz determinierten Typenzwang, oder lassen überhaupt keinen Raum für verpflichtende Vereinbarungen bei Verstößen gegen die guten Sitten oder gegen gesetzliche Verbote.[17] Alle diese Fälle sind seit langem bekannt, können daher als klassisch bezeichnet werden und sollen trotz ihrer Fülle und Häufigkeit das Prinzip „Vertragsfreiheit" intakt lassen.

---

[16] Möglicherweise haben dazu auch die vielen Textvorschläge beigetragen, die nicht immer aufeinander abgestimmt sind und auf diese Weise das Gesamtprojekt erschweren: Vgl. *R. Zimmermann,* EuZW 2009, 319, 322 f.

[17] *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I (Fn. 6) § 9 Rn. 60 ff., § 10 Rn. 74 ff. und § 11 Rn. 81 ff. m.w.N.

III. Zur Vertiefung: Verfassungsrang der Vertragsfreiheit und Europäisierung des Vertragsrechts

Im Folgenden will ich versuchen, zwei der aufgezeigten Problembereiche zu vertiefen, die zum gemeinsamen Merkmal haben, dass sie die Vertragsfreiheit in höhere Sphären steigen lassen. Welche Bedeutung kommt (erstens) der Tendenz zu, der mit der Vertragsfreiheit eng verflochtenen Privatautonomie Verfassungsrang zuzusprechen, und was sind (zweitens) die Folgen einer zunehmenden Europäisierung des Vertragsrechts speziell für die Vertragsfreiheit?

1. Grundrechtsschutz der Vertragsfreiheit

Es ist nicht sicher, dass greifbare Vorteile für die Vertragsfreiheit eintreten, wenn man ihr verfassungsrechtlichen Charakter zuspricht und sie am Grundrechtsschutz teilhaben lässt. Die Vertragsfreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit, die in Art. 2 Abs. 1 GG als „Auffanggrundrecht" konzipiert ist, würde an Wert gewinnen, wenn sie in dieser Eigenschaft wirksamer gegen Eingriffe durch die öffentliche Gewalt verteidigt werden könnte. Es ist aber nicht ersichtlich, dass nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes die Einschränkungen der Vertragsfreiheit abgenommen hätten oder zumindest einer stärkeren Kontrolle unterworfen worden wären. Wenn ich die Rechtslage richtig bewerte, hat sich in dieser Beziehung nicht viel geändert. Eher ist zu beobachten, dass mit Hilfe der Grundrechte die verfassungsgerichtliche Überprüfung und Abwägung privater Rechtsverhältnisse zugenommen hat und dass dieser Umstand sich zulasten der Vertragsfreiheit auswirkt, wenn die Vertragsparität und die reale Machtverteilung unter den Vertragspartnern eine Grundrechtsdimension erhalten und damit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen.[18] Als Höhepunkt dieser Entwicklung bezeichnet der Bearbeiter des Artikels über die Vertragsfreiheit in dem monumentalen Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts die sog. „Bürgen-Entscheidung" des BVerfG, worin aus Anlass der Übernahme ruinöser Bürgschaften durch Angehörige des Hauptschuldners die Verfassungsrichter die Zivilgerichte auffordern, jeden für einen Vertragspartner ungewöhnlich nachteilig erscheinenden Vertrag daraufhin zu kontrollieren, „ob die vereinbarte Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist".[19]

---

[18] BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 254 ff.; BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (sog. Bürgen-Entscheidung).

[19] Kritisch dazu *Hannes Unberath,* Vertragsfreiheit, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, HWBEuP Bd. II (Tübingen 2009) 1692, 1964 rechts. Positiver wird die Vorgehensweise des BVerfG beurteilt von *Canaris,* AcP 200 (2000) 272, 296 f.

Im Übrigen sind und bleiben die Grundrechte primär staatsgerichtet und können – jedenfalls in Deutschland – für privatrechtliche Rechtsverhältnisse nutzbar gemacht werden über die Lehre der sog. Drittwirkung der Grundrechte, wie sie unter Führung des BVerfG bereits in den 50er Jahren des vorigen Jahrhunderts ausgeformt wurde und jedenfalls zu Beginn die Rechtsentwicklung auch in anderen europäischen Ländern beeinflusst hat. Heute sieht die Lage anders aus, Grundrechtspositionen werden auch im Hinblick und mit Rücksicht auf ihre Geltung im Privatrecht eingeführt und ausgebaut, während für manche Rechtsordnungen die unmittelbare Drittwirkung – besser: die Direktwirkung von Grundrechten – kein Sakrileg mehr ist.[20]

2. *Diskriminierungsverbote*

Ein gutes Beispiel für diese Tendenz liefern die zahlreichen Regelungen über das Verbot von Diskriminierungen jeder Art.[21] Beeindruckend sind in diesem Zusammenhang die im Primär- wie im Sekundärrecht der EU enthaltenen Vorschriften: Es geht einerseits um die Art. 10, 18 und 19 AEUV sowie Art. 21 und 23 der Grundrechte-Charta und andererseits um mehrere Sekundärrechtsakte, d.h. die Richtlinien 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sowie die Richtlinien 2006/54/EG und 2004/113/EG speziell zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeit und Beschäftigungsfragen und bei der Versorgung mit Gütern und Leistungen. Nimmt man hinzu, dass der EuGH – mit dem Argument der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts im Rang von Grundrechten – einige der in den einschlägigen Bestimmungen aufgeführten Unterscheidungsmerkmale schon vor dem Inkrafttreten der Grundrechte-Charta für verboten gehalten hat, obwohl sie von den sekundärrechtlichen Vorschriften provisorisch toleriert wurden, dann werden die ganze Tragweite und das Gewicht der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote sichtbar. Das Stichwort liefert hier die berühmte „Mangold-Entscheidung“,[22] die dem EuGH massive Kritik eingebracht hat, die freilich auch wegen ihrer übertriebenen Form ohne nennens-

---

[20] Das gilt beispielsweise für die griechische Verfassung, deren Art. 25 Abs. 1 die Geltung der Grundrechte für diejenigen Privatrechtsbeziehungen vorschreibt, „für die sie sich eignen“. Vgl. *Philippos Doris,* Die Geltung von Grundrechten in Privatrechtsbeziehungen, für die sich diese Rechte eignen, in: FS Claus-Wilhelm Canaris, Bd. II (München 2007) 535 ff. Eine moderne Sichtweise der Drittwirkungsproblematik findet man bei *Dan Wielsch,* Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013) 718 ff.

[21] Das Thema „Diskriminierungsschutz und Privatautonomie“ bildete den (4.) Beratungsgegenstand auf der Staatsrechtslehrertagung von 2004 mit Berichten von *Matthias Jestaedt* und *Gabriele Britz,* in: Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, VVDStRL 64 (2005) 299 ff. und 355 ff.

[22] EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *(Mangold),* ECLI:EU:C:2005:709.

werte Resonanz geblieben ist. Auf den Gerichtshof geht auch die subtile Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen zurück, die inzwischen zum gefestigten Instrumentarium des Unionsrechts gehört.[23]

3. Die verbotenen Unterscheidungsmerkmale

Bei näherer Betrachtung der verbotenen Unterscheidungsmerkmale kann man zwei Gruppen unterscheiden, die von Basedow sehr plastisch als binnenmarktbezogene oder integrationspolitisch motivierte und gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote bezeichnet werden:[24] Zunächst sind in der Union Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit ganz allgemein zu bekämpfen, während als besondere unstatthafte Unterscheidungsmerkmale genannt werden das Geschlecht, die Rasse, die Hautfarbe, die ethnische oder soziale Herkunft, die genetischen Merkmale, die Sprache, die Religion oder die Weltanschauung, die politische oder sonstige Anschauung, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, die Geburt, eine Behinderung, das Alter und die sexuelle Ausrichtung.[25] Das ist eine ganze Menge und richtet sich zuallererst an die Organe der Union und die Mitgliedstaaten. Die große Frage ist, ob die verbotenen Unterscheidungsmerkmale auch für private Rechtsverhältnisse von Bedeutung sind, oder anders formuliert, ob Private beim Abschluss und der inhaltlichen Ausgestaltung von Verträgen ihre Vertragspartner diskriminieren dürfen. Kann ich beispielsweise bei der Vermietung meiner Wohnung oder bei der Einstellung von Arbeitskräften allgemein Ausländer, Farbige, Muslime, Homosexuelle, Mitglieder mir unbeliebter politischer Parteien, sehr junge oder sehr alte Leute ganz ausschließen oder, wenn ich sie nicht ausschließen darf, zumindest Sondervereinbarungen treffen, die auf diese Eigenschaften Bezug nehmen?

4. Diskriminierungsverbote in privaten Rechtsbeziehungen: der Beitrag des Unionsrechts

In den Stellungnahmen deutscher Kollegen zur Frage der Geltung der Diskriminierungsverbote in privaten Rechtsbeziehungen behält die klassische Doktrin der mittelbaren Drittwirkung die Oberhand. Im Rahmen der Kommentierung der einschlägigen Art. 21 und 23 der Grundrechte-Charta geht man meistens davon aus, dass die dort aufgeführten Diskriminierungsverbote keine unmittelbare Drittwirkung entfalten, was letztlich heißt, dass sie lediglich über die Generalklauseln des Privatrechts berücksichtigt werden kön-

---

[23] Dazu *Albrecht Weber,* in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta (München 2016) Art. 23 Rn. 19 ff. m.w.N.

[24] *Basedow,* ZEuP 16 (2008) 230, 234 ff.

[25] Alle diese Merkmale werden in Art. 21 Abs. 1 der Grundrechte-Charta aufgezählt.

nen.[26] So wird allerdings nicht ausreichend zur Kenntnis genommen, dass für eine Reihe privatrechtlicher Beziehungen eine Direktwirkung unionsrechtlich vorgeschrieben ist. Das war traditionell der Fall für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die sowohl auf der Ebene des EG-Vertrags als auch bereits 1976 durch die Richtlinie 76/207/EWG für den Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen anerkannt wurde, inzwischen durch die Richtlinie 2006/54/EG gewährleistet wird und den Regelungsgegenstand von Art. 23 der Grundrechte-Charta bildet; später sind die schon lange umgesetzten Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG hinzugekommen, die alle zuvor erwähnten und in Art. 21 der Grundrechte-Charta aufgezählten Unterscheidungsmerkmale, d.h. von der Rasse bis zum Mindest- bzw. Höchstalter, im Rahmen von Beschäftigung und Beruf verbieten und damit einen großen Teil privatrechtlicher Rechtsbeziehungen diskriminierungsfrei gestalten.

Alle diese Aktivitäten des europäischen Gesetzgebers sind in Deutschland vielfach auf Skepsis gestoßen, und zwar sowohl bei Zivil- als auch bei Öffentlichrechtlern.[27] Den Anlass dazu hat vielfach das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz von 2006 gegeben, das zwar zur Umsetzung der EU-Richtlinien ergangen ist, aber in manchen Punkten über die Vorgaben des Unionsrechts hinausgehen soll.[28] Naturgemäß spielen in der am Anfang dieses Jahrtausends leidenschaftlich geführten Debatte verfassungsrechtliche Argumente die Hauptrolle, weil die Kritiker in der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote durch die Einbeziehung privater Rechtsverhältnisse einen schweren – wenn nicht unzulässigen – Eingriff in die mit Verfassungsrang garantierte Privatautonomie erblicken.[29] Was vermag aber das verfassungsrechtliche Geschütz gegen das mit Vorrang ausgestattete europäische Antidiskriminierungskonzept auszurichten? Man kann der deutschen Doktrin nicht vorwerfen, das Problem nicht erkannt oder nicht genügend vertieft zu haben. Im Gegenteil sind Zahl und Gründlichkeit der diesbezüglichen Stellungnahmen wie gewohnt imponierend.[30] Gleichwohl bleiben viele unter ihnen tradierten Modellen verhaftet und wollen die unionsrechtliche Entwicklung nationalen Standards unterwerfen.

---

[26] *Hans D. Jarass,* Charta der Grundrechte der EU[2] (München 2013) Art. 21 Rn. 42; *Michael Sachs,* in: Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta (München 2016) Art. 21 Rn. 14.

[27] Ausführliche Nachweise bei *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005) 299, 300 ff.

[28] *Dirk Looschelders,* Schuldrecht, Allgemeiner Teil[14] (München 2016) Rn. 58; *Dieter Medicus,* Allgemeiner Teil des BGB[10] (Heidelberg u.a. 2010) Rn. 479a; und vertiefend *Heinz-Peter Mansel,* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, in: FS Claus-Wilhelm Canaris, Bd. II (München 2007) 809 ff.

[29] Zum Beispiel *Canaris,* AcP 200 (2000) 272, 363 ff. für den vom Unionsrecht vorgegebenen Verbraucherschutz. Eine Gegenposition bezieht *Britz,* VVDStRL 64 (2005) 355, 365 ff.

[30] *Jestaedt,* VVDStRL 64 (2005) 299, 300 f. mit Fn. 2–5.

5. Drittwirkungslehre und Direktwirkung von Richtlinien

Was die deutsche Doktrin in diesem Zusammenhang vor allem unterlässt, ist, die Drittwirkungslehre in Verbindung zu setzen mit der Frage der Direktwirkung von Richtlinien, die als Bestandteile des Unionsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht Vorrang genießen, spätestens nach ihrer Umsetzung in nationales Recht auch Privatpersonen unmittelbar berechtigen und verpflichten und damit die Drittwirkungsproblematik eigentlich überholen. Auf diese Weise kommt den Art. 21 und 23 der Grundrechte-Charta für wichtige Lebensbereiche faktisch unmittelbare Wirkung zu – wenn auch über den Umweg und in den Grenzen des Anwendungsgebiets der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG sowie 2006/54/EG.[31]

Damit muss das gesamte Arbeits- und Berufsleben diskriminierungsfest bleiben, so dass die zuvor gestellte Frage zur Möglichkeit einer Nichteinstellung von Arbeitskräften auf der Basis eigener Vorstellungen des künftigen Arbeitgebers über Herkunft, Rasse, Religion, politische Überzeugungen usw. mit einem „Nein“ zu beantworten ist. Nicht ganz so eindeutig ist das Schicksal des anderen Beispiels mit der Wohnungsvermietung, obwohl man – wie ich meine: sehr wahrscheinlich – zum gleichen Ergebnis gelangen wird. Von der Warte des deutschen Rechts könnte nämlich – selbst unter Ausklammerung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes – Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG dafür sprechen, der jede Benachteiligung oder Bevorzugung auf der Grundlage des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen und politischen Anschauungen verbietet und damit viel von dem vorwegnimmt, was in Art. 21 Abs. 1 der Grundrechte-Charta steht. Dennoch sollen alle diese speziellen Diskriminierungsverbote des Grundgesetzes nicht unmittelbar in das Privatrecht einwirken, sondern im Sinn der mittelbaren Drittwirkung erst den Weg über die Generalklauseln von § 138 und § 826 BGB erfolgreich beschreiten.[32] Ich frage mich, ob dieser Umweg für die spezifischen Diskriminierungsverbote von Art. 3 Abs. 3 GG noch zeitgemäß ist, wenn man den sozialen Fortschritt in unserer offenen Gesellschaft betrachtet und die unionsrechtliche Dimension einbezieht, glaube aber, dass selbst bei Aufrechterhaltung des Instruments der mittelbaren Drittwirkung Differenzierungen nach Abstammung, Farbe, Sprache, Religion,

---

[31] Nach Art. 23 Abs. 1 ist „die Gleichheit von Männern und Frauen […] in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen“. Dieser Wortlaut spricht für eine unmittelbare Wirkung der Norm, die alle Bereiche (und nicht nur die Beschäftigung) erfassen will. Trotzdem bleibt die Lehre ihrer klassischen Linie treu und sieht (allein) die Union und die Mitgliedstaaten als grundrechtsverpflichtet an, soweit letztere Unionsrecht durchführen: Stern/Sachs/*Weber* (Fn. 23) Art. 23 Rn. 24. In die richtige Richtung weisen die Bemerkungen von *Peter-Christian Müller-Graff,* Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3 ff.

[32] *Britz,* VVDStRL 64 (2005) 355, 361 ff. mit ausführlichen Nachweisen.

politischer Weltanschauung usw. heute nicht toleriert werden können und – abgesehen von ganz wenigen Ausnahmen – in privatrechtlichen Verträgen keinen Bestand oder zumindest einen sehr schweren Stand haben werden.

6. *Fazit*

Will man ein Fazit ziehen, was die verfassungsrechtliche Stellung der Privatautonomie in Form der Vertragsfreiheit betrifft, so bestätigt sich die eingangs gemachte Bemerkung, dass die beiden Institute durch ihre Aufstockung oder Hochzonung nicht gewinnen, sondern eher verlieren. Denn wir beobachten einen Trend, der dadurch gekennzeichnet ist, dass Einschränkungen der Vertragsfreiheit zunehmend Verfassungsrang erhalten bzw. aus dem Unionsrecht abgeleitet werden und die Mitgliedstaaten binden. Insbesondere die Diskriminierungsverbote verkörpern Werte, die verfassungs- und/oder unionsrechtlich verankert sind und in dieser Eigenschaft der privatrechtlichen Gestaltung mehr oder minder deutliche Grenzen setzen, indem sie ganze und sehr wichtige Lebensbereiche durchdringen und der freien Verfügung durch die Vertragspartner entziehen.

IV. Schlussfolgerungen

Obwohl die vorausgegangenen Bemerkungen selektiv sind und kein vollständiges Bild der Vertragsfreiheit, wie sie sich heute präsentiert, vermitteln – wozu ich im Übrigen gar nicht in der Lage wäre –, kann man die eine oder andere Schlussfolgerung formulieren. Dass diese Schlussfolgerungen nicht in die gleiche Richtung gehen, sondern ambivalent sind, liegt zum einen in der wechselvollen Geschichte der Vertragsfreiheit begründet und zum anderen in dem Umstand, dass die Rechtsordnung in unserer Zeit aus mehreren Quellen gespeist wird.

1. *Vertragsfreiheit und Wirtschaftsordnung*

Zunächst einmal ist festzustellen, dass die Vertragsfreiheit nach wie vor den Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen bildet aber trotz der vielfachen Ausnahmen und Einschränkungen als Prinzip anerkannt wird. Der Grund dürfte darin liegen, dass die Vertragsfreiheit mit dem geltenden Wirtschaftsordnungsmodell eng verbunden ist und seit der Anerkennung der Handels- und Gewerbefreiheit in der Folge des Liberalismus die potentiellen Vertragsparteien in die Lage versetzt, Güter und Leistungen nach Regeln auszutauschen, die sie selbst bestimmen.[33] Bestärkt wird diese Tendenz durch die

---

[33] *Canaris,* Verfassungs- und europarechtliche Aspekte (Fn. 5) 875 f.; *Kötz,* Europäisches Vertragsrecht (Fn. 2) 7 ff.

Aufnahme dispositiven Rechts in die großen zivilrechtlichen Kodifikationen, die den Vorteil bieten, eine grundsätzlich ausgewogene Bewertung der gegenseitigen Interessen der am Vertrag beteiligten Personen vorzulegen. Sie stehen aber zur Disposition der Vertragspartner und können von ihnen in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit geändert werden. Je mehr solche dispositive Rechtsnormen in den einschlägigen Gesetzen Eingang finden, umso kräftiger wächst die Vertragsfreiheit und bestätigt ihren Platz unter den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts.

2. Rückgang der Vertragsfreiheit durch zunehmende Verrechtlichung

Eine gegenläufige Strömung macht sich durch die Neigung des staatlichen wie des überstaatlichen Gesetzgebers bemerkbar, immer mehr Lebensbereiche immer stärker ordnen zu wollen. Diese Tendenz wird wohl durch die moderne Entwicklung der westlichen Demokratien beflügelt, weil in der parteipolitischen Auseinandersetzung der Erfolg einer Regierung auch danach beurteilt wird, wie viele Gesetze sie entworfen und im Parlament durchgesetzt hat. Um beim Leitmotiv der heutigen Veranstaltung zu bleiben, ist die moderne Rechtsproduktion nicht durch Deregulierung und mehr Freiheit gekennzeichnet, sondern durch den Drang nach Verrechtlichung möglichst vieler Lebensbereiche. Dabei wird nicht genügend beachtet, dass die von der Verfassung versprochene demokratische Grundordnung eine „freiheitliche" sein muss und dass der Rechtsstaat heutiger Prägung die Gründung des Staates auf das Recht bezweckt, um individuelle und gesellschaftliche Freiheit zu sichern.[34] Dieses Bewusstsein läuft angesichts der heutzutage massiven Gesetzesproduktion Gefahr, in Vergessenheit zu geraten – und zwar durch den nationalen wie durch den supranationalen Gesetzgeber: Die EU-Institutionen tragen gehörig ihren Teil dazu bei.

3. Vereinheitlichung des Vertragsrechts im Binnenmarkt

Bleibt noch das Petitum der Vereinheitlichung des Vertragsrechts im Rahmen der EU, soweit eine solche Entwicklung Auswirkungen auf die Vertragsfreiheit haben kann. Das Dilemma, vor dem alle Vereinheitlichungsversuche und -wünsche stehen, ist die mit dem Zivilrecht untrennbar verbundene Rechtstradition in den Mitgliedstaaten der Union.[35] Diese Tradition verdankt ihre Bedeutung der Tatsache, dass das Privatrecht bis in unsere Tage hinein nicht

---

[34] Vgl. bereits *Karl A. Bettermann,* Zur Entwicklung und Dialektik des Rechtsstaats, in: Der totale Rechtsstaat: Zwei kritische Vorträge, Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften in Hamburg (Göttingen 1986) Heft 3, S. 14.

[35] Dazu *Apostolos Georgiades,* Europäische Privatrechtsvereinheitlichung und nationale Rechtskulturen, in: FS Claus-Wilhelm Canaris, Bd. II (München 2007) 603 ff. (mit einer durchaus positiven Beurteilung der Vereinheitlichung).

allein private Rechtsbeziehungen nach national bewährten und gefärbten Mustern durchnormiert, sondern auch und vor allem das Rechtsdenken und die Rechtsmethodik im betreffenden Mitgliedstaat maßgeblich beeinflusst. So ist man oft nicht bereit, nationale Besonderheiten aufzugeben und aufzuopfern, um Rechtsharmonisierung auf der europäischen Ebene herbeizuführen. Auf der anderen Seite ist nicht zu leugnen, dass der Ausbau eines echten Binnenmarktes in der EU nach Vereinheitlichung des Vertragsrechts geradezu ruft. Das Europäische Parlament hat schon im Jahr 1989 eine entsprechende Forderung erhoben und seitdem oft wiederholt, und tatsächlich sind durch Regelungen des Sekundärrechts hier und dort Fortschritte erzielt worden.[36] Von einem einheitlichen Vertragsrecht ist man aber noch weit entfernt, und deshalb bleibt zu klären, ob ein Binnenmarkt langfristig ohne ein solches Gesetzeswerk auskommen kann.

Ich stelle die Frage ganz vorsichtig in den Raum, jedenfalls für Verträge mit grenzüberschreitenden Wirkungen im weitesten Sinn, und schlage vor, zu überlegen, ob ein derartiges Vorgehen die Vertragsfreiheit nicht eher stärken als schwächen würde: Zunächst einmal bildet die Vertragsfreiheit ein gemeinsames Merkmal der nationalen Privatrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten der EU und würde infolgedessen auch in einer europäischen Initiative ihren Platz behaupten. Darüber hinaus schwebt mir ein einheitliches Vertragsrecht vor, das aus Rücksicht auf das Subsidiaritätsprinzip und die Kompetenzordnung eine Mindestharmonisierung herbeiführt – d.h., um eine politische Einigung über die Rechtsvereinheitlichung zu ermöglichen, wohl zahlreiche dispositive Regeln aufnehmen und den Parteien gestatten würde, ihren Interessen entsprechend von der europäischen Option abzuweichen und ihrer Vereinbarung bewährte Institute des nationalen Rechts oder sogar eine bestimmte (nationale) Privatrechtsordnung als solche zugrunde zu legen.

V. Ausblick

Ich komme zum Schluss. Beim Gerichtshof hatte ich oft Gelegenheit, mit der Dogmatik des Zivilrechts intensiv in Kontakt zu kommen und immer wieder zu ermessen, wie viel die Jurisprudenz dieser Dogmatik schuldet und wie stark das allgemeine Rechtsdenken, ja unsere gesamte Rechtskultur von ihr beeinflusst worden ist. Dass man daran Anstoß nehmen kann, wie die Zivilrechtsdoktrin manchmal mit dem Unionsrecht umgeht, sollte deshalb nicht das große Bild verstellen. Fast alle Rechtsdisziplinen nehmen gegenüber dem Phänomen „Europäisches Unionsrecht", das Vorrang gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht beansprucht und unmittelbar wirken will, eine zunächst abwehrende Haltung ein und wollen die nationalen Errungenschaften möglichst

[36] Entschließung des Europäischen Parlaments vom 26.5.1989, ABl. EG C 158/400.

lange verteidigen. Wahr ist aber auch, dass die Zivilrechtler konstant über die Grenzen schauen, indem sie Rechtsvergleichung betreiben und das Internationale Privatrecht pflegen, indem sie unter Führung dieses Max-Planck-Instituts den Dialog mit den Vertretern des Europarechts suchen. Es ist im Übrigen bezeichnend, dass ein großer Teil der europäischen akademischen Gemeinschaft es als seine vordringliche Aufgabe gesehen hat, schöpferisch tätig zu werden und die Herausbildung eines einheitlichen Vertragsrechts maßgeblich voranzutreiben. Hinter Stichworten wie den „Principles of European Contract Law", dem „Draft Common Frame of Reference" oder dem „Code européen des contrats"[37] steckt eine enorme wissenschaftliche Arbeit, die alle Achtung verdient und mich veranlasst, den Veranstaltern des Symposiums dafür zu danken, dass sie mir einen lehrreichen Ausflug in das Privatrecht ermöglicht haben.

Zu diesem fruchtbaren Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis hat Herr Basedow wesentlich beigetragen. Allerdings muss ich zugeben, dass er durch seine Beiträge zu dem von mir behandelten Thema meine Aufgabe nicht erleichtert hat,[38] weil er mit kritischen Bemerkungen zur einschlägigen Rechtsprechung des EuGH nicht gerade sparsam umgegangen ist. Trotzdem (oder deshalb) wünsche ich mir, dass Herr Basedow auch nach seiner Emeritierung mit demselben Engagement die Rechtsaktualität kommentieren wird, und hoffe, dass er dabei das eine oder andere lobende Wort für die Arbeit des EuGH findet!

---

[37] Zu diesen Werken vgl. die entsprechenden Artikel von *Kurt Siehr* und *Reinhard Zimmermann,* in: Basedow/Hopt/Zimmermann, HWBEuP (Tübingen 2009) Bd. I S. 260 ff. und 276 ff. sowie Bd. II S. 1177 ff.

[38] Vor allem durch seinen in der ZEuP 16 (2008) 230 ff. veröffentlichten Artikel mit dem Titel „Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht" (vgl. besonders S. 231 ff., 242 ff., 245 ff.).

Teil I

Bürgerliches Recht und Versicherungsrecht

Mehr Freiheit wagen im Vertragsrecht

Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr

Giesela Rühl

I. Einleitung

Es tobt ein Kampf – ein „Kampf um die Ware Recht“.[1] So hat Horst Eidenmüller vor einiger Zeit in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung den Umstand beschrieben, dass die Anwendung eines bestimmten Rechts immer häufiger das Ergebnis einer strategischen Wahl der Parteien ist. Sie entscheiden, welches Recht für sie die meisten Vorteile bietet, und machen es sodann per Rechtswahl zur Grundlage ihres Vertrags. Besonders häufig kommt auf diese Weise verschiedenen Studien zufolge das schweizerische Recht zur Anwendung.[2] Es erfreut sich in Europa – gemeinsam mit dem englischen Recht –

[1] *Horst Eidenmüller,* FAZ vom 25. März 2009, S. 8, Abdruck in: Staat und Recht – 100 Beiträge aus der F.A.Z.-Rubrik ‘Staat und Recht’, hrsg. von Reinhard Müller (München 2011) 110.

[2] *Gilles Cuniberti,* The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws, Nw. J. Int’l L. 34 (2013) 455, 465 ff., 472 ff., 475; *Stefan Vogenauer/Christopher*

insbesondere bei grenzüberschreitend tätigen Unternehmen großer Beliebtheit. Was sind die Gründe dafür? Einschlägige Stellungnahmen in der Literatur verweisen zunächst einmal ganz allgemein auf die Qualität und die Neutralität des schweizerischen Rechts.[3] Insbesondere in der deutschen Literatur wird es dann jedoch sehr konkret: Die Beliebtheit des schweizerischen Rechts sei auf die im Vergleich zum deutschen Recht weniger strenge Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im unternehmerischen Geschäftsverkehr zurückzuführen.[4] Bestätigt wird diese Einschätzung durch eine im Auftrag des Bundesjustizministeriums im Jahr 2014 durchgeführte Studie.[5] Diese zeigt, dass es die im Vergleich zum deutschen Recht attraktiveren Regelungen zur AGB-Kontrolle sind, die Unternehmen zur Wahl schweizerischen Rechts veranlassen.[6]

Hodges, Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Law and Choice of Forum – A Business Survey (University of Oxford 2008) 14–15 (Fragen 17.1, 17.2, 17.3 and 17.4), abrufbar unter <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/ocjsurvey.shtml>. Siehe außerdem *Queen Mary International School of Arbitration,* 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration (2010) 13 (Chart 9), abrufbar unter <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/index.html>.

[3] Siehe zum Beispiel *Bernd Ehle/André Brunschweiler,* Schweizer AGB-Recht im Umbruch, RIW 2012, 262, 263; *Marc Iynedjian,* Gas Sale and Purchase Agreements Under Swiss Law, ASA Bulletin 30 (2012) 746; *Nadine Magaud,* Die Vorteile der Anwendung schweizerischen Rechts bei verborgenen Mängeln im Recht der internationalen Warenkaufverträge, RIW 1996, 387, 389; *Matthias Scherer/Michael E. Schneider,* An Analysis of International Construction Contracts: Switzerland, in: FIDIC – an Analysis of International Construction Contracts, hrsg. von Robert Knutson (Den Haag 2005) 313. Kritisch dazu *Cuniberti,* Nw. J. Int'l L. 34 (2013) 484 ff., 493 ff.; *Christiana Fountoulakis,* The Parties' Choice of 'Neutral Law' in International Sales Contracts, Eur. J. L. Reform 7 (2005) 303, 308 ff. Kritisch dazu *Cuniberti,* Nw. J. Int'l L. 34 (2013) 475 ff. Siehe allgemeinen zu den Gründen für eine Rechtswahl *Vogenauer/Hodges* (Fn. 2) 17 (Frage 19); *Queen Mary International School of Arbitration* (Fn. 2) 12 (Chart 9).

[4] *Klaus-Peter Berger,* Abschied von der Parteiautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2006, 2149, 2149; *Sebastian Brachert/Andreas Dietzel,* Deutsche AGB-Rechtsprechung und Flucht ins Schweizer Recht, ZGS 2005, 441, 442; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262; *Paul Hobeck,* SchiedsVZ 2005, 112; *Paul Hobeck,* Flucht aus der deutschen Gerichtsbarkeit bei wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten – warum?, DRiZ 2003, 177, 178; *Jan Lischek/Volker Mahnken,* Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus Sicht der Praxis, ZIP 2007, 158; *Werner Müller/Alexander Schilling,* AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung, BB 2012, 2319, 2323; *Thomas Pfeiffer,* Flucht ins schweizerische Recht?, in: FS Friedrich Graf von Westphalen (Köln 2010) 555; *Gerhard Wagner,* Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb: Impulse für Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit (München 2017) 178 ff. Ebenso *Nathalie Voser/Christopher Boog,* Die Wahl des Schweizer Rechts – was man wissen sollte, RIW 2009, 126.

[5] *Lars Leuschner,* AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen, Abschlussbericht vom 30. September 2014, abrufbar unter <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02092015_AGB_Recht.html>.

Im Folgenden möchte ich diesen Befund zum Anlass nehmen, um einen genaueren Blick auf das schweizerische AGB-Recht und die inhaltliche Kontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu werfen. Dies liegt in einem Beitrag zu Ehren von *Jürgen Basedow* gleich aus mehreren Gründen besonders nahe: Im Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) beschäftigt er sich seit vielen Jahren in meisterhafter Weise mit dem AGB-Recht.[7] Zudem liegt ihm nicht nur die Rechtsvergleichung,[8] sondern auch die freiheitliche Ausgestaltung des Rechts besonders am Herzen.[9]

Der nachfolgende Beitrag nimmt zunächst das deutsche AGB-Recht in den Blick und lässt seine Schwächen kurz Revue passieren (unten II.). Darauf aufbauend unterzieht er die AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht einer genaueren Betrachtung (unten III.). Dabei sollen zwei Fragen im Mittelpunkt stehen: Erstens, sollten deutsche Unternehmer mehr Freiheit wagen und schweizerisches Recht wählen, wenn sie der strengen deutschen AGB-Kontrolle im B2B-Bereich entkommen wollen? Und, zweitens, sollte der deutsche Gesetzgeber mehr Freiheit wagen und sich bei einer Reform der AGB-Kontrolle am schweizerischen Recht orientieren? Antworten auf beide Fragen finden sich im abschließenden Fazit (unten IV.).

II. AGB-Kontrolle in Deutschland

1. Gesetzliche Regelung

AGB werden in Deutschland nach § 307 BGB sowohl im Verkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern als auch im Verkehr zwischen Unternehmen einer inhaltlichen Kontrolle unterzogen. Geltungsgrund der AGB-Kontrolle ist dabei nach herrschender Meinung nicht die Marktmacht des AGB-Ver-

---

[6] *Leuschner* (Fn. 5) 6. Die Studie macht freilich auch deutlich, dass die legendäre „Flucht in das schweizerische Recht" kein „Massenphänomen" zu sein scheint: „Die Umfrage hat weiter gezeigt, dass eine Flucht in ausländische Rechtsordnungen vorkommt, wenngleich es sich nicht um ein Massenphänomen handelt. Knapp ¾ der Befragten gaben an, die Wahl ausländischen Rechts (als materielles Recht) für rein inländische Sachverhalte selten oder gelegentlich beobachtet zu haben. Befragt nach den im Fall einer solchen Rechtswahl am häufigsten gewählten Rechtsordnungen dominiert mit deutlichem Abstand das Schweizer Recht vor dem englischen Recht."

[7] *Jürgen Basedow,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2016) §§ 305–306a, 310 BGB.

[8] Siehe dazu nur *Reinhard Zimmermann,* Rechtsvergleichung als Berufung, Basedow Law Gazette Sonderausgabe 2017, 1, gekürzte Fassung abgedruckt in Private Law Gazette 2/2017, siehe auch in diesem Band, Grußwort, S. 3.

[9] *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen. Über Deregulierung und Wettbewerb (Tübingen 2002). Siehe außerdem *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen, FAZ vom 7. Dezember 2017, S. 7.

wenders oder die intellektuelle Unterlegenheit des Vertragspartners, sondern das Fehlen eines funktionierenden Wettbewerbs um gute AGB.[10] Da der Vertragspartner des AGB-Verwenders häufig keinen Anreiz hat, die AGB zu lesen, geschweige denn sie zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen zu machen, kann sich der AGB-Verwender nämlich durch den Einsatz „guter" AGB keinen Vorteil verschaffen. Im Gegenteil: Da der Vertragspartner wegen seines rationalen Desinteresses nicht zwischen „guten" und „schlechten" AGB unterscheiden kann, hat er es schwer, den höheren Preis zu erzielen, der mit einer ausgewogenen Risikoverteilung typischerweise einhergeht. Wenn er seine AGB nicht anpasst, läuft er deshalb Gefahr aus dem Markt gedrängt zu werden. Es droht eine Abwärtsspirale, die dazu führen kann, dass am Ende des Tages nur noch „schlechte" AGB angeboten werden. Um dies zu verhindern, unterliegen AGB nicht nur in Deutschland, sondern aufgrund der Klauselrichtlinie[11] in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union einer Inhaltskontrolle. Sie setzt der einseitig ausgeübten Vertragsfreiheit des AGB-Verwenders Grenzen, indem sie rechtliche Mindeststandards garantiert. Der Vertragspartner des AGB-Verwenders kann deshalb – ökonomisch rational – auf die Lektüre der AGB verzichten, ohne befürchten zu müssen, über den Tisch gezogen zu werden.

Der Umstand, dass die Inhaltskontrolle ihren Grund im Fehlen eines funktionierenden Wettbewerbs um „gute" AGB hat, erklärt auch, warum ihr Anwendungsbereich nicht auf B2C-Verträge beschränkt ist, sondern dem Grundsatz nach auch Verträge zwischen Unternehmern und damit den B2B-Bereich erfasst: Rationales Desinteresse ist schlicht keine Eigenschaft, die Verbrauchern vorbehalten ist.[12] Vielmehr kann der Verzicht auf die Lektüre von AGB

---

[10] Siehe dazu nur MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 7) vor § 305 Rn. 4 ff.; *Felix Becker,* Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1098 ff.; *Hein Kötz,* Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle, JuS 2003, 209, abgedruckt in: *Hein Kötz,* Undogmatisches (Tübingen 2005) 221; *Tim Drygala,* Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 2012, 983, 984 f.; *Eva-Maria Kieninger,* AGB bei B2B-Verträgen: Rückbesinnung auf die Ziele des AGB-Rechts, AnwBl 2012, 301 ff.; *Lars Leuschner,* Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007) 491, 494 ff., *ders.,* AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr – Zu den Grundlagen einer Reformdebatte, JZ 2010, 875, 879 f.; *Ulrich Wackerbarth,* Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000) 45, 69 ff., 89. Siehe ausführlich zu den ökonomischen Grundlagen der AGB-Kontrolle *Michael Adams,* Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes, BB 1989, 781 ff.; *Patrick Leyens/Hans-Bernd Schäfer,* Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, AcP 210 (2010) 771, 782 ff.

[11] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 L 95/29.

[12] *Barbara Dauner-Lieb/Constantin Axer,* Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010, 309, 311; *Kieninger,* AnwBl 2012, 303, 302; *Leuschner* (Fn. 5) 287; *Leyens/Schäfer,* AcP 210 (2010) 771. Siehe zum Ganzen ausführlich *Hans*

auch für Unternehmen in vielen Fällen durchaus ökonomisch rational sein. Die meisten Länder, die AGB inhaltlich kontrollieren, tun dies deshalb in der einen oder anderen Form auch im Hinblick auf AGB, die sich in B2B-Verträgen finden,[13] und das obwohl sich die Umsetzungsverpflichtung der Klauselrichtlinie auf den B2C-Bereich beschränkt. Beispielhaft erwähnt seien hier nur Deutschland,[14] Österreich,[15] Frankreich,[16] die Niederlande[17] und das Vereinigte Königreich.[18] In allen diesen Ländern gilt allerdings, dass die AGB-Kontrolle im Hinblick auf B2B-Verträge schwächer ausgestaltet ist als die AGB-Kontrolle im Hinblick auf B2C-Verträge.[19] Insbesondere finden die speziellen Klauselverbote der Klauselrichtlinie keine direkte Anwendung auf B2B-Verträge: In Österreich,[20] Frankreich[21] und dem Vereinigte Königreich[22] kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass die speziellen Klauselverbote in separaten Verbraucherschutzgesetzen aufgelistet sind. In den Niederlanden[23] finden sie sich in eigenständigen Vorschriften, die ausdrücklich nur auf Verbraucherverträge Anwendung finden. Und in Deutschland schließt § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB die Anwendung der in §§ 308, 309 BGB enthaltenen Klauselverbote im unternehmerischen Geschäftsverkehr weitgehend aus.

Schulte-Nölke, No Market for „Lemons“: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B-Contracts, ERPL 23 (2015) 195, 202 ff.

[13] Siehe dazu *Christian von Bar/Eric Clive,* Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Bd. I (Berlin 2009) 643 ff.; *Filippo Ranieri,* Europäisches Obligationenrecht (München 2009) 371 ff.

[14] § 307 BGB.

[15] § 879 Abs. 3 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

[16] Art. 1171 Code civil; Art. L 442-6 I No. 2 Code de commerce.

[17] Art. 6:233–6:235 Burgerlijk Wetboek.

[18] Unfair Contract Terms Act 1977.

[19] Siehe dazu *von Bar/Clive,* Draft Common Frame of Reference (Fn. 13) 643 ff.; *Ranieri,* Europäisches Obligationenrecht (Fn. 13) 371 ff. Ebenso auch Art. II.-9.403 und Art. II-9.406 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens sowie Art. 83 und 86 des Entwurfs für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEKR). Näher dazu *Christoph Gramlich,* Richterliche Kontrolle nicht ausgehandelter Vertragsklauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr nach dem Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht und nach deutschem Recht, GPR 2014, 62 ff.; *Florian Möslein,* Kontrolle vorformulierter Vertragsklauseln, in: Ein einheitliches europäisches Kaufrecht hrsg. von Martin Schmidt-Kessel (München 2012) 255, 264 f.; *Horst Eidenmüller/Nils Jansen/Eva-Maria Kieninger/ Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann,* Der Vorschlag für eine Verordnung über eine Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 2012, 276, 279; *Thomas Pfeiffer,* Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference, ZEuP 16 (2008) 679, 701 ff. Kritisch zu der Unterscheidung zwischen B2C- und B2B-Verträgen *Leyens/ Schäfer,* AcP 210 (2010) 771, 796 f.; *Pfeiffer,* ZEuP 16 (2008) 679, 702.

[20] § 6 Konsumentenschutzgesetz.

[21] Art. R212-1 und Art. R212-2 Code de la consommation.

[22] Consumer Rights Act 2015, Schedule 2, Part 1.

[23] Art. 6:236 und 6:237 Burgerlijk Wetboek.

Zudem ordnet § 310 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. BGB an, dass bei der inhaltlichen Kontrolle von AGB im B2B-Bereich auf die „im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen" ist.

2. *Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*

Wo also liegt das Problem, das deutsche Unternehmer in das schweizerische Recht treibt? Die Antwort lautet schlicht und ergreifend: in der Rechtsprechung des BGH.[24] Diese spiegelt nämlich die Wertung des Gesetzgebers, dass AGB in B2B-Verträgen weniger intensiv zu kontrollieren sind als in B2C-Verträge, kaum wider. Insbesondere misst der BGH den speziellen Klauselverboten des § 309 BGB, die auf die Klauselrichtlinie zurückgehen, indizielle Wirkung für den unternehmerischen Geschäftsverkehr bei.[25] Die Indizwirkung soll zwar entfallen, wenn die Klausel „wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des kaufmännischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden" kann.[26] Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH allerdings so gut wie nie der Fall.[27] Im Ergebnis finden deshalb die ver-

---

[24] Siehe aus der kaum zu überschauenden Literatur nur *Klaus-Peter Berger,* Abschied von der Parteiautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, Zum Differenzierungsgebot im AGB-Recht, ZIP 2006, 2149 ff.; *Klaus-Peter Berger/Lucas Kleine,* AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2007, 2137 ff.; *Menderes Günes/Tobias Ackermann,* Die Indizwirkung der §§ 308 und 309 BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZGS 2010, 400 ff.; *Dauner-Lieb/Axer,* ZIP 2010, 309, 310 f.; *Andreas Kollmann,* AGB: Nicht nur theoretische Problemen (in) der Praxis, NJOZ 2011, 625 ff.; *Lars Leuschner,* Empirische Belege für eine systematisch Fehleinschätzung in der unternehmerischen Praxis, NJW 2016, 1222, 1223 ff.; *Karlheinz Lenkaitis/Stephan Löwitsch,* Zur Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Ein Plädoyer für eine dogmatische Korrektur, ZIP 2009, 441, 442 ff.; *Christian Kessel/Andreas Stomps,* Haftungsklauseln im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen – Plädoyer für eine Änderung der Rechtsprechung BB 2009, 2666 ff.; *Georg Maier-Reimer,* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, 1 ff.; *Werner Müller,* Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Standortnachteil für das deutsche Recht, BB 2013, 1355 ff. Siehe zum Ganzen die ausführliche Rechtsprechungsanalyse von *Leuschner* (Fn. 5) 15 ff.

[25] Siehe nur BGH 8.3.1984 – VII ZR 349/82, NJW 1984, 1750, 1751; BGH 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785, 1788; BGH 12.10.1995 – I ZR 172/93, NJW 1996, 1407, 1408; BGH 19.2.1998 – I ZR 233/95, NJW-RR 1998, 1426, 1429; BGH 21.1.1999 – III ZR 289/97, NJW 1999, 1031, 1032; BGH 28.10.2004 – VII ZR 385/02, NJW-RR 2005, 247, 248; BGH 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774, 3775. Siehe dazu ausführlich *Berger,* ZIP 2006, 2149 f.; *Berger/Kleine,* BB 2007, 2137 ff.; *Günes/Ackermann,* ZGS 2010, 400 ff.; *Kessel/Stomps,* BB 2009, 2666 ff.; *Lenkaitis/Löwitsch,* ZIP 2009, 441, 442 ff.; *Leuschner,* NJW 2016, 1222, 1223 ff.; *ders.* (Fn. 5) 15 ff.

[26] BGH 8.3.1984, NJW 1984, 1750, 1751. In der Sache ebenso BGH 19.9.2007, NJW 2007, 3774, 3775.

[27] *Dauner-Lieb/Axer,* ZIP 2010, 309, 311. Ebenso die Schlussfolgerung von *Leuschner* (Fn. 5) 1 f., 41 f.

braucherschützenden Klauselverbote auch im B2B-Bereich Anwendung, und das ohne weitere Differenzierung nach dem Grad der Schutzwürdigkeit des unternehmerischen Vertragspartners.

Hinzukommt, dass nach Auffassung des BGH die Anforderungen an das Vorliegen einer Individualvereinbarung, die die Inhaltskontrolle ausschließt, ausgesprochen hoch sind.[28] So soll eine Individualvereinbarung nur dann vorliegen, wenn der AGB-Verwender die AGB inhaltlich „ernsthaft zur Disposition" gestellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt.[29] Der Vertragspartner muss, so der BGH, die „reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen".[30] Dies wiederum wird sich nach Auffassung des BGH in aller Regel in einer textlichen Änderung der Vertragsklausel niederschlagen.[31] Fehlt es an einer Änderung, kann eine Individualvereinbarung deshalb nach Auffassung des BGH nur „unter besonderen Umständen" als Ergebnis eines „Aushandelns" gewertet werden.[32] B2B-Verträge unterliegen damit nicht nur einer ausgesprochen strengen Inhaltskontrolle, die sich an den für B2C-Verträgen geltenden Klauselverboten orientiert. Sie können sich auch nur schwer in den kontrollfreien Raum der Individualvereinbarung retten.

---

[28] Siehe dazu nur *Klaus-Peter Berger,* Aushandeln von Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr – Stellen, Handeln, Behandeln, Verhandeln, Aushandeln ...?, NJW 2001, 2152 ff.; *ders.,* ZIP 2006, 2149 f.; *Berger/Kleine,* BB 2007, 2137; *Lorenz Kähler,* Aushandlung von AGB-Klauseln aufgrund begründeten Verhandlungsverzichts, BB 2015, 450 f.; *Andreas Kappus,* Der „steinige Weg" des AGB-Verwenders zur Individualvereinbarung, NJW 2016, 33 ff.; *Sylvia Kaufhold,* „Echte" und „unechte" AGB in der Klauselkontrolle, BB 2012, 1235 ff.; *dies.,* AGB-Anschein trotz Verhandlungsbestätigung – Ist der Individualvertrag im Unternehmerverkehr noch zu retten?, NJW 2014, 3488 ff.; *Christian Kessler/Andreas Jüttner,* Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2008, 1350 ff.; *Leuschner,* AcP 207 (2007) 491, 517 ff.; *ders.,* JZ 2010, 875, 882 f.; *ders.,* NJW 2016, 1222 f.; *Tobias Miethaner,* AGB oder Individualvereinbarung – die gesetzliche Schlüsselstelle „im Einzelnen ausgehandelt", NJW 2010, 3121 ff.

[29] BGH 9.10.1986 – VII ZR 245/85, NJW-RR 1987, 144, 145; BGH 30.9.1987 – IVa ZR 6/86, NJW 1988, 410; BGH 10.10.1991 – VII ZR 289/90, NJW 1992, 1107 f.; BGH 25.6.1992 – VII ZR 128/91, NJW 1992, 2759, 2760; BGH 16.7.1998 – VII ZR 9/97, NJW 1998, 3488, 3489; BGH 3.11.1999 – VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110, 1111; BGH 18.4.2002 – VII ZR 192/01, NJW 2002, 2388, 2389; BGH 17.1.2002 – VII ZR 198/00, NJW-RR 2002, 806; BGH 19.5.2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543, 2544.

[30] BGH 9.10.1986, NJW-RR 1987, 144, 145; BGH 30.9.1987, NJW 1988, 410; BGH 10.10.1991, NJW 1992, 1107 f.; BGH 25.6.1992, NJW 1992, 2759, 2760; BGH 3.11.1999, NJW 2000, 1110, 1111; BGH 16.7.1998, NJW 1998, 3488, 3489; BGH 18.4.2002, NJW 2002, 2388, 2389; BGH 19.5.2005, NJW 2005, 2543, 2544.

[31] BGH 9.10.1986, NJW-RR 1987, 144, 145; BGH 30.9.1987, NJW 1988, 410; BGH 3.11.1999, NJW 2000, 1110, 1111 f.

[32] BGH 9.10.1986, NJW-RR 1987, 144, 145; BGH 30.9.1987, NJW 1988, 410; BGH 3.11.1999, NJW 2000, 1110, 1112.

III. AGB-Kontrolle in der Schweiz

Wie stellt sich die Rechtslage vor diesem Hintergrund in der Schweiz dar? Die inhaltliche Kontrolle von AGB ist auch in der Schweiz kein leichtes Thema. Dies zeigt schon ein Blick auf die gesetzliche Ausgangslage. Denn das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in der Schweiz trotz zahlreicher Vorstöße[33] bis heute nicht kodifiziert. Anwendung finden deshalb die allgemeinen, auf Individualabreden zugeschnittenen Vorschriften des Zivilgesetzbuches (ZGB) und des Obligationenrechts (OR).[34] Diese werden durch Regeln konkretisiert und ergänzt, die Lehre und Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten speziell für AGB entwickelt haben.[35] Danach unterliegen AGB einer Kontrolle, die nach wohl überwiegender Meinung drei Stufen umfasst.[36] Auf der ersten Stufe findet eine sogenannten Konsens- oder Geltungskontrolle statt.[37] Hier wird geprüft, ob die AGB Vertragsbestandteil geworden sind. Auf der zweiten Stufe folgt eine sogenannte Auslegungskontrolle.[38]

---

[33] Siehe dazu die Übersicht bei *Alexander Brunner,* Entwicklung des schweizerischen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in: Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, hrsg. von Alexander Brunner/Anton K. Schnyder/Andrea Eisner-Kiefer (Zürich 2014) 22 ff.; *Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig,* Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Bern 2016) 63 ff., Rn. 100 ff.

[34] *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263; *Claire Huguenin,* Obligationenrecht Allgemeiner Teil in a nutshell (Zürich/St. Gallen 2016) 74 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 64, Rn. 101. Siehe außerdem *Alexander Brunner,* Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, ZSR 1999, 305, 321 ff.; *Thomas Koller,* Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 1999, 43, 45 f.

[35] *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263; *Christoph R. Ramstein,* Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz, RIW 1988, 440, 441; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 75 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 64 ff., Rn. 101 ff.

[36] *Sandro Abegglen/Thomas Coendet/Dominique Gross,* Aspekte der AGB-Kontrolle im Bankbereich – Insbesondere zur Inhaltskontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG, in: Das Bankkonto, hrsg. von Susan Emmenegger (Basel 2013) 83, 94 ff.; *Carl Baudenbauer,* Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV 123 (1987) 505, 512 ff.; *Brunner,* ZSR 1999, 305, 321 ff.; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263, 264 ff.; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 75 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 101 ff.; *Koller,* recht 1999, 43, 45 ff., 50; *Vito Roberto/Marisa Walker,* AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, 49, 50 ff.; *Anton K. Schnyder,* Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht (Fn. 33) 39, 48 ff. Nach *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 64 ff., Rn. 100 umfasst die AGB-Kontrolle vier Stufen, da sie die letzte Kontrollstufe in Gültigkeits- und Inhaltskontrolle aufspalten. Ein sachlicher Unterschied zur herrschenden Meinung ergibt sich daraus nicht.

[37] *Brunner,* ZSR 1999, 305, 321 ff.; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 264 f.; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 76 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 65, Rn. 102; *Roberto/Walker,* recht 2014, 49, 50 ff.; *Schnyder,* Dogmatik der AGB (Fn. 36) 48 ff.

Hier wird der genaue Inhalt der AGB festgestellt. Auf der dritten Stufe schließt sich sodann eine Gültigkeits- oder Inhaltskontrolle an.[39] Hier wird geprüft, ob AGB, die Vertragsbestandteil geworden sind, inhaltlich zulässig sind. Auf diesen Aspekt der AGB-Kontrolle möchte ich mich im Folgenden konzentrieren.

1. Gesetzliche Regelung

Mangels Kodifikation des AGB-Rechts finden sich – anders als in Deutschland, Österreich, Frankreich oder in den Niederlanden – weder im ZGB noch im OR Vorschriften, die speziell auf die inhaltliche Kontrolle von AGB zugeschnitten sind.[40] Eine Vorschrift, die eine begrenzte inhaltliche Überprüfung gestattet und sogar gebietet, enthält allerdings das schweizerische Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), und zwar in Art. 8.

a) Lauterkeitsrecht

Nach Art. 8 UWG sind AGB unlauter und damit nach herrschender Meinung unwirksam,[41] wenn sie „in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertrag-

---

[38] *Brunner,* ZSR 1999, 305, 321 ff.; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 266 f.; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 78; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 65 f., Rn. 103 f.; *Roberto/Walker,* recht 2014, 49, 54 f.; *Schnyder,* Dogmatik der AGB (Fn. 36) 50.

[39] *Brunner,* ZSR 1999, 305, 327 ff.; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 267 ff.; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 78 ff.; *Schnyder,* Dogmatik der AGB (Fn. 36) 51 ff.

[40] Eine allgemeine Regelung findet sich allerdings in Art. 33 des Vorschlags für eine Reform des schweizerischen Obligationenrechts („OR 2020“), der im Jahr 2013 von einer Gruppe von Wissenschaftlern vorgelegt wurde und unter <http://or2020.ch> abrufbar ist. Siehe zu dieser Vorschrift *Christoph Kern/Bettinger,* Schuldrechtsmodernisierung in der Schweiz? – Der Entwurf Obligationenrecht 2020, ZEuP 22 (2014) 562, 572 f.; *Thomas Pfeiffer,* Bürger, Verbraucher, Europa, in: OR 2020 – Die schweizerischer Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, hrsg. von Jan Dirk Harke/Karl Riesenhuber (Tübingen 2016) 41, 51 ff.

[41] *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 269; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 79; *Claire Huguenin/Barbara Meise,* in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I[6], hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Basel 2015) Art. 19/20 Rn. 24; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 319 ff., Rn. 506 ff.; *Alfred Koller,* AGB-Recht – Eine Übersicht im Lichte der neuesten Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre, AJP/PJA 2016, 279, 290; *Vito Roberto/Marisa Walker,* AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, 49, 61 f.; *Markus Hess/Lea Ruckstuhl,* AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, AJP/JPA 2012, 1188, 1209 ff.; *Schmid,* ZBJV 148 (2012) 1, 16; *Schnyder,* Dogmatik der AGB (Fn. 36) 72 ff. A.A. *Nicolas Kuonen,* Le contrôle des conditions générales: L’envoi manqué du Phénix, SJ 136 (2014) II 1, 28 ff., der davon ausgeht, dass lediglich die wettbewerbsrechtliche Beseitigungsklage nach Art. 9 UWG zum Tragen kommt.

lichen Pflichten vorsehen".[42] Art. 8 UWG ordnet damit in aller Deutlichkeit eine inhaltliche Kontrolle von AGB an. Allerdings ergibt sich nicht nur aus dem klaren Wortlaut, sondern auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift,[43] dass sie nur auf B2C-Verträge Anwendung findet.[44] Der Einschub „zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten" wurde nämlich erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aufgenommen,[45] und zwar mit dem erklärten Ziel, B2B-Verträge von der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG auszunehmen.[46]

Im Schrifttum wird diese Einschränkung fast einhellig bedauert.[47] Eine Parlamentarische Initiative aus dem Jahr 2014 hat sich deshalb die Ausdehnung von Art. 8 UWG auf B2B-Verträge auf die Fahnen geschrieben.[48] Aber obwohl die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats dieser Initiative im Jahr 2015 Folge geleistet und die Kommission für Rechtsfragen des

---

[42] Siehe ausführlich zu Art. 8 UWG *Andreas Furrer,* Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 2011, 324 ff.; *Hess/Ruckstuhl,* AJP/JPA 2012, 1188 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 216 ff., Rn. 290 ff.; *Koller,* AJP/PJA 2016, 279, 288 ff.; *Kuonen,* SJ 136 (2014) II 1 ff.; *Sylvain Marchand,* Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, HAVE 2011, 328 329 ff.; *Jörg Schmid,* Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148 (2012) 1 ff.; *Hubert Stöckli,* Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff.; *Roberto/Walker,* recht 2014, 49 ff.

[43] Siehe zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Furrer,* HAVE 2011, 324 f.; *Hess/Ruckstuhl,* AJP/JPA 2012, 1188, 1190 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 216 ff., Rn. 292; *Marchand,* HAVE 2011, 329 ff.; *Schmid,* ZBJV 148 (2012) 1, 4 ff.

[44] *Thomas Coendet,* Gesetzgebungsstrategie des AGB-Rechts, ZSR 2014, 45, 55 f.; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263; *Furrer,* HAVE 2011, 324, 326; *Pascal Grolimund,* AGB in Unternehmerverträgen, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht (Fn. 33) 227, 228; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 78 und 80; Basler Komm/*Huguenin/Meise* (Fn. 41) Art. 19/20 OR Rn. 23; *Hess/Ruckstuhl,* AJP/JPA 2012, 1188, 1194; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 313 f., Rn. 500 und 325 f., Rn. 515 f.; *Koller,* AJP/PJA 2016, 279, 288 f.; *Marchand,* HAVE 2011, 329, 330; *Roberto/Walker,* recht 2014, 49, 56; *Schmid,* ZBJV 148 (2012) 1, 7 f., 17; *Schnyder,* Dogmatik der AGB (Fn. 36) 42; *Stöckli,* BR 2011, 184, 184; *Isabelle Wildhaber,* Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Gefahr für die Vertragsfreiheit?, SJZ 2011, 537, 538 f.

[45] Siehe zur ursprünglichen Fassung die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BBl. 2009, 6180.

[46] *Furrer,* HAVE 2011, 324 f.; *Hess/Ruckstuhl,* AJP/JPA 2012, 1188, 1192; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 219, Rn. 300 und 313 f., Rn. 500; *Wildhaber,* SJZ 2011, 537, 538 f.

[47] *Furrer,* HAVE 2011, 324, 327; *Peter Gauch,* Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, NZZ vom 30. August 2011; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 313 f., Rn. 500; *Schmid,* ZBJV 148 (2012) 1, 7 f., 19; *Stöckli,* BR 2011, 184, 187 f.; *Wildhaber,* SJZ 2011, 537, 541. A.A. *Marchand,* HAVE 2011, 329, 330, 331.

[48] Parlamentarische Initiative 14.440 vom 23. September 2014, Art. 8 UWG – Missbräuchliche Geschäftsbedingungen, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20140440>.

Ständerates der Initiative im Jahr 2016 zugestimmt hat, wurde die Initiative im Dezember 2017 vom Nationalrat zurückgewiesen. Art. 8 UWG findet deshalb auf den unternehmerischen Rechtsverkehr bis auf Weiteres keine Anwendung.[49] Und auch die subsidiäre Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des Art. 2 UWG wird von der überwiegenden Meinung abgelehnt.[50]

b) *Obligationenrecht*

Der Umstand, dass das Lauterkeitsrecht für eine Inhaltskontrolle von B2B-Verträgen nichts hergibt, wirft die Frage auf, ob AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr auf der Grundlage anderer, namentlich allgemeiner obligationenrechtlicher Vorschriften inhaltlich kontrolliert werden können. Anerkannt ist insofern, dass AGB den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit unterliegen.[51] Unwirksam sind deshalb beispielsweise formularmäßige Klauseln, die gegen gesetzliche Verbote, die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen (Art. 19 OR), die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben (Art. 20 OR), die eine Partei übervorteilen (Art. 21 OR), die einen Verzicht auf die Rechts- oder Handlungsfähigkeit zum Gegenstand haben oder eine übermäßige Einschränkung des Persönlichkeitsrechts bewirken (Art. 27 ZGB), die die Haftung des Schuldners oder die Haftung des Schuldners für Hilfspersonen beschränken oder ausschließen, ohne die Grenzen der Art. 100 und 101 OR zu beachten, oder die die Kardinalpflichten des Vermieters oder Verpächters zum Nachteil des Mieters oder Pächters wegbedingen (Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, Art. 288 Abs. 2 lit. a OR).[52]

Unklar ist demgegenüber, ob außerhalb dieser punktuellen Regelungen, die mit Ausnahme der zuletzt genannten miet- und pachtrechtlichen Vorschriften nicht speziell auf AGB zugeschnitten sind, Raum für eine allgemeine, am Maßstab der Billigkeit oder Angemessenheit orientierte Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr besteht. In der Literatur wird

---

[49] A.A. *Eugénie Holliger-Hagmann,* Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, Jusletter 20. Februar 2012, Rn. 25 ff., der die Beschränkung des Art. 8 UWG auf Verbraucher unter Hinweis auf die einleitende Verwendung des Wortes „insbesondere“ lediglich als Beispiel verstehen will.

[50] *Claire Huguenin,* in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I^{6}, hrsg. von in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Basel 2015) Art. 19 Rn. 23. A.A. *Holliger-Hagmann,* Kuckucksei (Fn. 49) Rn. 25 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 326, Rn. 515.

[51] *Brunner,* ZSR 1999, 305, 328 ff.; *Koller,* recht 1999, 43, 46; *Koller,* AJP/PJA 2016, 279, 282 f.; *Ramstein,* RIW 1988, 440, 442, 443; *Roberto/Walker,* recht 2014, 49, 52; *Schmid,* ZBJV 148 (2012) 1, 17 ff. Ebenso im Ergebnis *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 210 ff., Rn. 273 ff., die die allgemeinen zivilrechtlichen Schranken allerdings als eigenständige, von der Inhaltskontrolle zu unterscheidende Stufe der AGB-Kontrolle einordnen.

[52] Siehe ausführlich zu den allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen der Vertragsfreiheit *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 211 ff., Rn. 276 ff.

dies unter Hinweis darauf, dass die von AGB ausgehenden Gefahren nicht auf den B2C-Bereich beschränkt sind, überwiegend bejaht[53] und dogmatisch auf das allgemeine Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 2 ZGB), die öffentliche Ordnung (Art. 19 OR)[54] oder den Übervorteilungstatbestand (Art. 21 OR) gestützt.[55] Die Rechtsprechung, namentlich das Bundesgericht, ist dem allerdings bislang nicht gefolgt. Vielmehr versagt es in ständiger Rechtsprechung einer allgemeinen, offenen Inhaltskontrolle außerhalb von Art. 8 UWG und damit insbesondere im B2B-Bereich die Anerkennung.[56]

2. *Rechtsprechung des Bundesgerichts*

Bei einem Blick auf die gesetzliche Ausgangslage könnte man vor diesem Hintergrund geneigt sein, zu schlussfolgern, dass AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr in der Schweiz tatsächlich keiner besonders intensiven Inhaltskontrolle unterzogen werden. Tatsächlich stellt sich die Rechtslage allerdings etwas komplizierter dar. Ursächlich dafür ist die von der Lehre entwickelte und vom Bundesgericht später übernommene und geprägte sogenannte „Ungewöhnlichkeitsregel". Sie schränkt die Geltung von AGB anerkanntermaßen im gesamten Vertragsrecht und sowohl im Verhältnis zu Konsumenten als auch im Verhältnis zu Unternehmern ein und besagt im Ausgangspunkt, dass von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist.[57] Vordergründig betrifft die Ungewöhnlichkeitsregel damit nicht den zulässigen Inhalt von AGB, sondern ihre Einbeziehung in den Vertrag: Sie ist ähnlich wie § 305c Abs. 1 BGB ein Instrument der Geltungskontrolle und nicht der Inhaltskontrolle.[58] Allerdings

---

[53] *Baudenbauer,* ZBJV 123 (1987) 505, 514 f.; *Brunner,* ZSR 1999, 305, 331 f.; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 78 f.; Basler Komm/*Huguenin/Meise* (Fn. 41) Art. 19/20 OR Rn. 25 ff.; *Koller,* recht 1999, 43, 48 ff.; *Roberto/Walker,* recht 2014, 49, 52; *Schmid,* ZBJV 148 (2012) 1, 18 f.

[54] So zum Beispiel *Baudenbauer,* ZBJV 123 (1987) 505, 515; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 78 f.

[55] *Brunner,* ZSR 1999, 305, 331 f.; *Roberto/Walker,* recht 2014, 49, 52; *Schmid,* ZBJV 148 (2012) 1, 18 f., 20.

[56] BGer. 21.6.1983, BGE 109 II 213, 217. 2 b); BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 457, 4; BGer. 28.10.2008, BGE 135 III 1, 3.5.

[57] BGer. 1.10.2004, Az. 5C.134/2004, C. 4.2; BGer. 9.5.2008, Az. 4A.187/2007, E. 5.1; BGer. 28.10.2008, BGE 135 III 1, 7, E. 2.1; BGer. 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227, B. 1.3; BGer. 16.6.2009, Az. 4A.84/2009, E. 2.1; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 412, E. 3.1; BGer. 3.6.2015, Az. 4A.119/2015, E. 2.2. Ebenso BGer. 5.8.1993, BGE 119 II 443, 446, E. 1.b); BGer. 4.5.2006, Az. 4C.427/2005, E. 2.1.

[58] *Brunner,* ZSR 1999, 305, 325 ff., 328; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 265 f.; *Claire Huguenin Jacobs,* Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der

hat das Bundesgericht die Ungewöhnlichkeitsregel in den letzten Jahren und Jahrzehnten so weit gefasst, dass im Schrifttum vielfach davon gesprochen wird, dass das Gericht mit ihrer Hilfe insbesondere im B2B-Bereich eine „verdeckte" Inhaltskontrolle vornehme.[59] Bevor ich darauf eingehe, möchte ich allerdings zunächst einen kurzen Blick auf den Anwendungsbereich der Ungewöhnlichkeitsregel werfen.

a) Anwendungsbereich der Ungewöhnlichkeitsregel

Die Ungewöhnlichkeitsregel ist in ihrem Anwendungsbereich auf AGB beschränkt. Was AGB sind, ist – anders als im deutschen Recht – in der Schweiz nicht legal definiert. In Lehre und Rechtsprechung anerkannt ist allerdings, dass AGB – wie im deutschen Recht – vertragliche Bestimmungen sind, die einseitig für den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen im Voraus formuliert werden und grundsätzlich als nicht verhandelbare Grundlage des Vertrags dienen sollen.[60] Anerkannt ist außerdem, dass keine AGB vorliegen, wenn Vertragsklauseln zwischen den Parteien individuell ausgehandelt wurden.[61] Letzteres ist wie auch im deutschen Recht unproblematisch der Fall, wenn eine vorformulierte Vertragsklausel von den Parteien diskutiert und daraufhin inhaltlich verändert wird.[62] Findet eine Klausel unverändert Eingang in den Vertrag, liegt eine Individualvereinbarung demgegenüber nur dann vor, wenn die Klausel das Ergebnis von tatsächlichen Verhandlungen der Parteien ist.[63] Dies wiederum setzt voraus, dass der AGB-Verwender seine AGB ernsthaft zur Diskussion stellt und der Vertragspartner tatsächlich die

---

neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, recht 1995, 85, 87; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 77 f.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 129 ff., Rn. 173 ff.; *Thomas Koller,* Einmal mehr: Das Bundesgericht und seine verdeckte Inhaltskontrolle, AJP/PJA 2008, 943, 951; *Ramstein,* RIW 1988, 440, 441.

[59] *Brunner,* ZSR 1999, 305, 328; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 265; *Grolimund,* AGB in Unternehmerverträgen (Fn. 44) 228; *Huguenin Jacobs,* recht 1995, 85, 86 ff.; *Koller,* AJP/PJA 2008, 943 ff.; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 43 ff., Rn. 66 ff.; *Ramstein,* RIW 1988, 440, 443 f.; *Wildhaber,* SJZ 2011, 537, 538.

[60] BGer. 28.11.2002, Az. 4P.135/2002, E. 3.1; BGer. 15.12.2003, Az. 4C.282/2003, E. 3.1; *Brunner,* ZSR 1999, 305, 307 Fn. 8; *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263; *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 74; Basler Komm/*Huguenin/Meise* (Fn. 41) Art. 19/20 OR Rn. 23; *Koller,* AJP/PJA 2016, 279 f.; *Schnyder,* Dogmatik der AGB (Fn. 36) 40. Siehe zum Begriff der AGB ausführlich *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 48 ff., Rn. 72 ff.

[61] BGer. 13.9.1955, BGE 81 II 346, 350, D. 2; BGer. 24.10.1967, BGE 93 II 317, 326 f., D. 4.b); *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 53 ff., Rn. 82 ff.; *Koller,* recht 1999, 43, 46; *Wildhaber,* SJZ 2011, 537, 542 f.

[62] BGer. 28.11.2002, BG Az. 4P.135/2002, E. 3.1; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 52, Rn. 83.

[63] *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 53 f., Rn. 84.

Möglichkeit hat, die Klausel zu beeinflussen.[64] Ähnlich wie im deutschen Recht kommt es also auf die tatsächliche Verhandlungsbereitschaft des AGB-Verwenders einerseits und die tatsächliche Abänderungsmöglichkeit des Vertragspartners andererseits an. Anders als in Deutschland, wo der BGH beide Voraussetzungen *de facto* nur bei einer tatsächlichen Änderung der Klausel bejaht, ist nach schweizerischem Recht eine textliche Änderung aber wohl nicht zwingend erforderlich.[65] Entscheidend ist nach Auffassung des Bundesgerichts vielmehr, „ob der Urheber mit dem Vertragspartner [...] in einer Weise über den Inhalt verhandelt hat, dass das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden kann.“[66] Die Schwelle zum Vorliegen einer Individualvereinbarung scheint deshalb in der Schweiz etwas niedriger zu liegen als in Deutschland.[67]

b) Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel

Sind Vertragsbestimmungen als AGB anzusehen, unterliegen sie der oben erwähnten Kontrolle durch die Ungewöhnlichkeitsregel. Sie werden deshalb – ähnlich wie nach § 305c Abs. 1 BGB – gar nicht erst Vertragsbestandteil, wenn sie „ungewöhnlich“ sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies jedoch nur dann der Fall, wenn sowohl subjektive als auch objektive Voraussetzungen erfüllt sind:[68] Die subjektiven Voraussetzungen beziehen sich auf den Vertragspartner des AGB-Verwenders, die objektiven Voraussetzungen auf die in Rede stehende Vertragsklausel.

aa) Subjektive Voraussetzungen

In subjektiver Hinsicht verlangt das Bundesgericht für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel, dass der Vertragspartner „schwächer oder geschäftlich unerfahrener“ als der AGB-Verwender ist.[69] Bei unbefangener Betrach-

---

[64] *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 53 f., Rn. 84.

[65] Siehe dazu BGer. 28.11.2002, BG Az. 4P.135/2002, E. 3.3. In dieser Entscheidung ordnete das Bundesgericht eine vorformulierte, von den Parteien im Zuge ihrer Vertragsverhandlungen nicht geänderte Gerichtsstandsvereinbarung nicht als AGB ein, weil die Vertragspartnerin den Vertrag Punkt für Punkt durchgegangen sei, sich zu einzelnen Punkten konkret geäußert und einzelne Änderungen vorgenommen habe.

[66] BGer. 28.11.2002, BG Az. 4P.135/2002, E. 3.3.

[67] Ebenso die Einschätzung von *Ehle/Brunschweiler,* RIW 2012, 262, 263.

[68] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 457 ff., E. 5; BGer. 5.8.1993, BGE 119 II 443, 446, E. 1.a); BGer. 1.10.2004, Az. 5C.134/2004, C. 4.2; BGer. 4.5.2006, Az. 4C.427/2005, E. 2.1; BGer. 9.5.2008, Az. 4A.187/2007 E. 5.1; BGer. 28.10.2008, BGE 135 III 1, 7, E. 2.1; BGer. 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227, B. 1.3; BGer. 16.6.2009, Az. 4A.84/2009, E. 2.1; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 412 f., E. 3.1; BGer. 3.6.2015, Az. 4A.119/2015, E. 2.2. Siehe dazu ausführlich *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 130 ff., Rn. 174 ff.

[69] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 457 ff., E. 5; BGer. 5.8.1993, BGE 119 II 443, 446, E. 1.a); BGer. 1.10.2004, Az. 5C.134/2004, C. 4.2; BGer. 4.5.2006, Az. 4C.427/2005,

tung könnte man deshalb annehmen, dass die Ungewöhnlichkeitsregel im B2B-Bereich keine große Rolle spielt. Tatsächlich wendet das Bundesgericht die Ungewöhnlichkeitsregel aber auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr an. Die „Schwäche" oder die „geschäftliche Unerfahrenheit" begründet das Gericht in diesen Fällen entweder damit, dass die unternehmerische Vertragspartei gezwungen ist, „allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet".[70] Oder es stellt darauf ab, dass der unternehmerische Vertragspartner branchenfremd ist.[71] In der Leitentscheidung zur Ungewöhnlichkeitsregel, der Hühnerstall-Entscheidung aus dem Jahr 1983,[72] kam deshalb ein Landwirt, der mit einem Bauunternehmer einen Werkvertrag zur Errichtung eines Stalls für 20.000 Legehennen abgeschlossen hatte, in den Genuss der Ungewöhnlichkeitsregel. Er wurde vom Bundesgericht als „schwächere und geschäftsunerfahrenere Vertragspartei" eingeordnet, weil es in der Baubranche üblich sei, die AGB des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverbandes (SIA) – einschließlich der streitgegenständlichen Klausel – zur Vertragsgrundlage zu machen.[73] Es sei deshalb wahrscheinlich, dass der Landwirt, selbst wenn er gewollt hätte, keinen Bauunternehmer gefunden hätte, der ihm andere AGB angeboten hätte. Zudem habe er über keine Erfahrung in Bausachen verfügt. Als einmaliger Bauherr sei er vielmehr branchenfremd und damit schutzwürdig im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel.[74]

bb) Objektive Voraussetzungen

In objektiver Hinsicht verlangt das Bundesgericht für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel, dass „die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist".[75] Dies wiederum ist nicht etwa der Fall, wenn eine Klausel branchenunüblich ist, sondern dann, wenn die AGB „zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheb-

---

E. 2.1; BGer. 9.5.2008, Az. 4A.187/2007, E. 5.1; BGer. 28.10.2008, BGE 135 III 1, 7, E. 2.1; BGer. 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227, B. 1.3; BGer. 16.6.2009, Az. 4A.84/2009, E. 2.1; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 412 f., E. 3.1; BGer. 3.6.2015, Az. 4A.119/2015, E. 2.2.

[70] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 457, E. 5.a).

[71] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 458 ff., E. 5.a) und b); BGer. 5.8.1993, BGE 119 II 443, 446, E. 1.a); BGer. 4.5.2006, Az. 4C.427/2005, E. 2.1; BGer. 9.5.2008, Az. 4A.187/2007, E. 5.1 ff.; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 414 f., E. 3.5.

[72] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452.

[73] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 457 f., E. 5.a).

[74] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 459 ff., E. 5.b).

[75] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 458, E. 5.b); BGer. 4.5.2006, Az. 4C.427/ 2005, E. 2.1; BGer. 9.5.2008, Az. 4A.187/2007, E. 5.1; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 413, E. 3.1; BGer. 3.6.2015, Az. 4A.119/2015, E. 2.2.

lichem Maße aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstyps fällt".[76] Als Daumenregel gilt:

„Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren."[77]

In dem bereits erwähnten Hühnerstall-Fall hielt das Bundesgericht deshalb eine Klausel für objektiv ungewöhnlich, die in den AGB des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverbandes enthalten war und den bauleitenden Architekten zur Prüfung und Genehmigung der Schlussrechnung mit Wirkung für den Landwirt ermächtigte, was im konkreten Fall dazu führte, dass der Architekt eine Schlussrechnung genehmigte, die die ursprünglich vereinbarte Vergütung um mehr als 60 % überschritt. Das Bundesgericht entschied – wohl auch wegen der massiven Abweichung zwischen Werkvertrag und Schlussrechnung – dass die Klausel nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden sei, da „mit einem Werkvertrag die gegenseitigen Rechte und Pflichten von Bauherrn und Unternehmer geregelt werden" sollen.[78] Eine „der Bauleitung verliehene umfassende Vollmacht in bezug auf finanzielle Verpflichtungen erschein[e] verglichen mit dem gesetzlichen Vertragstypus als geschäftsfremd".[79]

Mit ähnlicher Begründung verwarf das Bundesgericht außerdem verschiedenste Klauseln in allgemeinen Versicherungsbedingungen. So erachtete es beispielsweise eine Haftungsbeschränkung für objektiv ungewöhnlich, da sie die von der Bezeichnung des Vertrages erfasste Deckung so stark reduzierte, dass gerade die besonders häufig auftretenden Risiken nicht mehr abgedeckt wurden.[80] Desgleichen ordnete das Bundesgericht einen Haftungsausschluss in einer Vollkaskoversicherung für einfache Verkehrsregelverletzung als ungewöhnlich ein, da dieser Schutz üblicherweise in Kaskoversicherungen enthalten sei.[81] Und schließlich hielt das Bundesgericht eine Klausel in einer Krankenversicherung für objektiv ungewöhnlich, die eine Kürzung der bei Krankheit geschuldeten Tagegelder um die Hälfte bei Vorliegen einer psychischen Krankheit vorsah.[82] In der Schweiz sei eine Leistungsreduzierung um

---

[76] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 458, E. 5.b); BGer. 28.10.2008, BGE 135 III 1 E. 2.1; BGer. 9.5.2008, Az. 4A.187/2007, E. 5.1; BGer. 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227 B. 1.3; BGer. 16.6.2009, Az. 4A.84/1009, E. 2.1; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 413, E. 3.1; BGer. 3.6.2015, Az. 4A.119/2015, E. 2.2.

[77] BGer. 28.10.2008, BGE 135 III 1, 7, E. 2.1; BGer. 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227 f., B. 1.3; BGer. 16.6.2009, Az. 4A.84/2009, E. 2.1; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 413, E. 3.1. Ebenso BGer. 5.8.1993, BGE 119 II 443, 446, E. 1.a); BGer. 4.5.2006, Az. 4C.427/2005, E. 2.1; BGer. 3.6.2015, Az. 4A.119/2015, E. 2.2.

[78] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 458, E. 5.b).

[79] BGer. 6.12.1983, BGE 109 II 452, 458, E. 5.b).

[80] BGer. 1.10.2004, Az. 5C.134/2004, C. 4.2.

[81] BGer. 5.8.1993, BGE 119 II 443, 446 f., E. 1.b).

[82] BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 414, E. 3.5.

50 % bei psychischen Krankheiten nicht verbreitet.[83] Sie verstoße gegen die berechtigten Erwartungen des Versicherten, bei allen Krankheiten, ob körperlicher oder psychischer Natur, seinen Verdienstausfall auf gleiche Weise gedeckt zu erhalten.[84]

3. *Würdigung*

Man muss kein Experte des AGB-Rechts sein, um zu erkennen, dass die Einschätzung der Literatur, das Bundesgericht unterziehe AGB unter dem „Deckmantel" der Ungewöhnlichkeitsregel einer inhaltlichen Kontrolle, in jeder Hinsicht zutrifft. Tatsächlich nimmt das Bundesgericht unter dem Stichwort der objektiven Ungewöhnlichkeit eine wertende Auseinandersetzung mit vorformulierten Vertragsbestimmungen vor, die typisch für eine inhaltliche Kontrolle von AGB ist. Typisch für eine Inhaltskontrolle ist zudem, dass das Ausmaß, in dem die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt wird, zum zentralen Bewertungskriterium erhoben wird. Dies wird deutlich, wenn man einen Blick auf Art. 8 UWG oder die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen sowie die einschlägigen Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten wirft. Typisch für eine Inhaltskontrolle ist schließlich außerdem, dass für die Frage, ob die Beeinträchtigung des Vertragspartners unbillig ist, der Vertragscharakter und das dispositive Gesetzesrecht als Referenzpunkt gewählt werden. Als Beispiel sei an dieser Stelle nur auf das deutsche Recht verwiesen, das in § 307 Abs. 2 BGB AGB für unangemessen erklärt, die „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren" sind oder die „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet" wird.

AGB in B2B-Verträgen sind vor diesem Hintergrund auch in der Schweiz keinesfalls „vogelfrei". Vielmehr hält das Bundesgericht mit der Ungewöhnlichkeitsregel ein verhältnismäßig scharfes Schwert in der Hand, das es ihm gestattet, AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr ohne Weiteres zu kippen. Interessant und aus rechtsvergleichender, insbesondere aus deutscher Perspektive bemerkenswert ist allerdings, dass das Bundesgericht von der Ungewöhnlichkeitsregel keineswegs überbordend Gebrauch macht. Tatsächlich halten sich die Fälle, in denen das Bundesgericht AGB in B2B-Verträgen für ungewöhnlich gehalten hat, und die Fälle, in denen das Bundesgericht eine Ungewöhnlichkeit abgelehnt hat, in etwa die Waage.[85] Diese Zurückhaltung ist insbesondere aus deutscher Perspektive zu begrüßen.[86] Zu begrüßen ist außerdem, dass das Bundesgericht den Schutz des unternehme-

---

[83] BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 414, E. 3.5.

[84] BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 414, E. 3.5.

[85] Siehe dazu die Auflistung bei *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 139 ff., Rn. 185 ff.

[86] Kritisch demgegenüber *Koller,* AJP/PJA 2008, 943, 951.

rischen Vertragspartners von seiner Branchenerfahrung und damit von der Frage abhängig macht, ob der in Rede stehende Vertrag zu seinem Kerngeschäft gehört oder ob es sich um ein Nebengeschäft handelt. Denn wenn sich ein Vertrag lediglich als Nebengeschäft darstellt, befindet sich der unternehmerische Vertragspartner in einer verbraucherähnlichen Situation und hat keine ökonomischen Anreize, AGB zu lesen.[87]

Als problematisch erweist sich jedoch, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung auf die Ungewöhnlichkeitsregel und damit auf ein Instrument der Geltungskontrolle stützt.[88] Denn damit verschleiert es, dass AGB trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung *de facto* einer Inhaltskontrolle unterliegen. Hinzukommt, dass der Rückgriff auf ein Instrument der Geltungskontrolle zu Einschränkungen führt, die keinen Bezug zum Zweck der Inhaltskontrolle haben. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der AGB-Verwender die Einordnung einer Klausel als ungewöhnlich nämlich dadurch verhindern, dass er seinen Vertragspartner gesondert und deutlich – zum Beispiel durch Fettdruck oder durch eine größere Schrift – auf die Klausel hinweist.[89] Diese Einschränkung ist sinnvoll, wenn man die Ungewöhnlichkeitsregel allein als Instrument der Geltungskontrolle ansieht, die den konkreten Vertragspartner vor überraschenden Klauseln schützen soll. Soweit die Ungewöhnlichkeitsregel auch dem Schutz vor unbilligen Klauseln dient, kann die Einschränkung demgegenüber nicht überzeugen.[90] Denn selbst wenn der Vertragspartner den gesonderten Hinweis zur Kenntnis nimmt, bleibt die Klausel unbillig. Auch wenn die Rechtsprechung des Bundesgerichts von den bislang erzielten Ergebnissen her nicht zu kritisieren ist, ist der konzeptionelle Rückgriff auf die Ungewöhnlichkeitsregel unbefriedigend.[91]

---

[87] Siehe dazu auch *Kieninger,* AnwBl 2012, 302, 302, 306 f.

[88] Ebenso *Baudenbauer,* ZBJV 123 (1987) 505, 517 f.; *Koller,* AJP/PJA 2008, 943, 944 f., 951 f. Kritisch außerdem *Peter Gauch,* Ein „regelrechter" Schluss, ZSR 2009, 215, 228.

[89] BGer. 5.8.1993, BGE 119 II 443, 446, E. 1.a); BGer. 4.5.2006, Az. 4C.427/ 2005, E. 2.1; BGer. 9.5.2008, Az. 4A.187/2007, E. 5.1; BGer. 28.10.2008, BGE 135 III 1, 7, E. 2.1; BGer. 28.1.2009, BGE 135 III 225, 227, B. 1.3; BGer. 16.6.2009, Az. 4A.84/2009, E. 2.1; BGer. 30.5.2012, BGE 138 III 411, 413, E. 3.1; BGer. 3.6.2015, Az. 4A.119/2015, E. 2.2. Siehe dazu *Huguenin,* Obligationenrecht AT (Fn. 34) 78; *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 137 ff., Rn. 182 ff.

[90] *Baudenbauer,* ZBJV 123 (1987) 505, 517 f.; *Huguenin Jabcobs,* recht 1995, 85, 87; *Koller,* AJP/PJA 2008, 943, 944, 952.

[91] Ebenso *Koller,* AJP/PJA 2008, 943, 951.

IV. Fazit

Was folgt aus diesen Überlegungen für meine eingangs aufgeworfenen Fragen? Sollten deutsche Unternehmer mehr Freiheit wagen und schweizerisches Recht wählen und sollte sich der deutsche Gesetzgeber bei einer Reform des deutschen AGB-Rechts am schweizerischen Recht orientieren? Die Antwort auf beide Fragen lautet recht klar: „Jein“: AGB unterliegen auch in der Schweiz im unternehmerischen Geschäftsverkehr einer richterrechtlichen Inhaltskontrolle. Diese wird zwar zumindest bislang vom Bundesgericht nur zurückhaltend ausgeübt. Ob das Bundesgericht eine konkrete Klausel aufrechterhält oder nicht, ist allerdings häufig nicht vorherzusehen.[92] Dies gilt auch deshalb, weil das vorhandene Fallmaterial, obwohl es den letzten 15 Jahren deutlich angewachsen ist,[93] insgesamt immer noch eher überschaubar ist.[94] Hinzukommt, dass es seit Jahren immer wieder parlamentarische Bestrebungen gibt, eine offene Inhaltskontrolle auch im B2B-Bereich zu etablieren. Diese waren bislang zwar nicht von Erfolg gekrönt. Dass dies auch in Zukunft so bleiben wird, ist allerdings alles andere als ausgemacht. Die Wahl schweizerischen Rechts stellt sich deshalb für deutsche Unternehmer nur bedingt[95] und wahrscheinlich auch nicht dauerhaft als Lösung für die zu strenge AGB-Kontrolle nach deutschem Recht dar.[96]

Das schweizerische Recht eignet sich aber auch nur bedingt als Vorbild für den deutschen Gesetzgeber. Als Manko stellt sich hier neben dem Fehlen einer umfassenden gesetzlichen Regelung des AGB-Rechts[97] insbesondere das Fehlen einer allgemeinen obligationenrechtlichen Regelung zur Inhaltskontrolle von AGB dar.[98] Tatsächlich ist die Schweiz das einzige europäische Land, das das AGB-Recht bis zum heutigen Tag keiner eigenständigen und in

---

[92] Ebenso *Grolimund,* AGB in Unternehmerverträgen (Fn. 44) 234; *Koller,* AJP/PJA 2008, 943, 951 f. Siehe zu diesem Aspekt auch schon *Pfeiffer,* Flucht ins schweizerische Recht (Fn. 4) 556 f.

[93] Die meisten vom Bundesgericht entschiedenen Fälle zur Ungewöhnlichkeitsregel im B2B-Bereich stammen aus den letzten 15 Jahren. Siehe dazu die Übersicht bei *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 139 ff., Rn. 185 ff.

[94] Insgesamt hat sich das Bundesgericht bislang wohl in nicht mehr als zehn Fällen mit der Ungewöhnlichkeit von Klauseln in B2B-Verträgen beschäftigt. Siehe dazu die Übersicht bei *Kramer/Probst/Perrig* (Fn. 33) 139 ff., Rn. 185 ff.

[95] Sie kann sich aber beispielsweise anbieten, wenn bestimmte Haftungsfreizeichnungsklauseln in Rede stehen, die der deutschen AGB-Kontrolle nach der Rechtsprechung des BGH nicht standhalten. Siehe dazu *Leuschner* (Fn. 5) 125 ff., 130; *Pfeiffer,* Flucht ins schweizerische Recht (Fn. 4) 561 ff., 567; *Voser/Boog,* RIW 2009, 126, 133 ff., 139.

[96] Ähnlich zurückhaltend im Ergebnis *Pfeiffer,* Flucht ins schweizerische Recht (Fn. 4) 567.

[97] Ebenso auch schon *Baudenbauer,* ZBJV 123 (1987) 505, 527 ff.

[98] Siehe dazu auch *Gauch,* ZSR 128 (2009), 215, 228, der plakativ von einem „Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB“ spricht.

sich geschlossenen Regelung zugeführt hat.[99] Und da die von der Rechtsprechung geprägten Regeln keinen Niederschlag im Gesetz finden, bleibt für den unbefangenen Leser unklar, ob und in welchem Umfang AGB in B2B-Verträgen kontrolliert werden.[100] Hinzukommt, dass der Rückgriff auf die Ungewöhnlichkeitsregel methodisch und konzeptionell problematisch ist. Soweit sich der deutsche Gesetzgeber die weithin geäußerte Kritik an der Rechtsprechung des BGH zu eigen machen möchte, sollte er sich das schweizerische Recht deshalb allenfalls insofern zum Vorbild nehmen, als die AGB-Kontrolle vom Bundesgericht von der Schutzwürdigkeit des unternehmerischen Vertragspartners im Einzelfall und insbesondere von der Frage abhängig gemacht wird, ob er branchenerfahren ist und ob der Vertrag zu seinem Kerngeschäft gehört.

Wie müsste eine Reform des deutschen Rechts vor diesem Hintergrund aussehen? An detaillierten Vorschlägen mangelt es nicht.[101] Ich möchte mich deshalb auf einige wenige Punkte beschränken: Zunächst einmal meine ich, dass der deutsche Gesetzgeber tatsächlich aktiv werden sollte.[102] Zwar bringt das deutsche Recht bereits heute zum Ausdruck, dass AGB im B2B-Bereich anders zu behandeln sind als im B2C-Bereich. Allerdings hat der BGH bislang keine Anstalten gemacht, den Spielraum, den das Gesetz den Gerichten belässt, zu Gunsten der Vertragsfreiheit zu nutzen. Eine Richtungsänderung scheint deshalb nur durch eine Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bewirkt werden zu können.[103] Im Einzelnen sollten §§ 307 ff. BGB systematisch so arrangiert werden, dass besser als bislang deutlich wird, dass die speziellen Klauselverbote auf B2B-Verträge nicht anzuwenden sind. Statt ihre Anwendung in einer nachgelagerten, überkomplexen, kaum verständlichen Vorschrift auszuschließen, sollten die speziellen Klauselverbote – wie

---

[99] *Ranieri,* Europäisches Obligationenrecht (Fn. 13) 449.

[100] Ebenso die Einschätzung von *Furrer,* HAVE 2011, 324, 328.

[101] Siehe zum Beispiel MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 7) § 310 Rn. 18; *Berger,* NJW 2010, 465 ff.; *Berger/Kleine,* BB 2007, 2137, 2140 ff.; *Dauner-Lieb/Axer,* ZIP 2010, 309, 313 f.; *Drygala,* JZ 2012, 983, 986 ff.; *Günes/Ackermann,* ZGS 2010, 400, 403 ff.; *Kähler,* BB 2015, 450, 452 ff.; *Kaufhold,* BB 2012, 1235, 1241; *Kieninger,* AnwBl 2012, 302, 304 ff.; *Kollmann,* NJOZ 2011, 625, 629; *Leuschner* (Fn. 5) 287 ff.; *Kessel/Stomps,* BB 2009, 2666, 2671 ff.; *Lenkaitis/Löwitsch,* ZIP 2009, 441, 445 ff.; *Müller/Griebeler/Pfeil,* Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009, 2658 ff. Siehe außerdem die Stellungnahme Nr. 39/2015 des DAV, abrufbar unter <www.anwaltverein.de> sowie die Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentags München 2012, S. 5, abrufbar unter <http://www.djt-net.de/beschluesse/beschluesse.pdf>.

[102] Ebenso *Becker,* JZ 2010, 1098, 1106; *Klaus-Peter Berger,* Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, 465 ff.; *Dauner-Lieb/Axer,* ZIP 2010, 309, 314; *Leuschner,* JZ 2010, 875, 883 f.; *Leuschner* (Fn. 5) 289 ff.; *Müller/Griebeler/Pfeil,* BB 2009, 2658 ff. Siehe außerdem die Beschlüsse des 69. Deutschen Juristentags München 2012 (Fn. 101).

[103] A.A. MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 7) § 310 Rn. 16; *Kessel/Stomps,* BB 2009, 2666 ff.

im niederländischen Recht[104] – in einen separaten, auf B2C-Verträge beschränkten, nachgelagerten Abschnitt verschoben werden. In einer ergänzenden Regelung oder in den Gesetzesmaterialien sollte sodann deutlich gemacht werden, dass die speziellen Klauselverbote entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BGH keine Indizwirkung für den unternehmerischen Rechtsverkehr entfalten und im B2B-Bereich allenfalls dann zur Anwendung kommen dürfen, wenn sich der unternehmerische Vertragspartner in einer verbraucherähnlichen Position befindet und keine ökonomischen Anreize hat, AGB zu lesen, beispielsweise weil der Vertrag nicht dem Kernbereich seiner unternehmerischen Tätigkeit zuzuordnen ist.[105] Darüber hinaus müsste die Schwelle für das Vorliegen einer Individualvereinbarung deutlich abgesenkt und nicht von der tatsächlichen Änderung einer vorformulierten Klausel abhängig gemacht werden.[106] Auch insofern könnte das schweizerische Recht als Vorbild dienen. Eine Reform entlang dieser Linien würde die Vertragsfreiheit im deutschen Recht nachhaltig stärken. Zudem würde der Flucht in das schweizerische Recht Einhalt geboten und die Stellung des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen verbessert werden.

[104] Art. 6:236 und 6:237 Burgerlijk Wetboek.

[105] Ähnlich MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 7) § 310 Rn. 18; *Kieninger,* AnwBl 2012, 302, 305 f. 306, 307.

[106] Ebenso mit detaillierten Vorschlägen *Kieninger,* AnwBl 2012, 302, 304 ff., 307. Siehe außerdem *Becker,* JZ 2010, 1098, 1104 ff.; *Drygala,* JZ 2012, 983, 987 ff.; *Leuschner,* JZ 2010, 875, 883 f.; *Leuschner* (Fn. 5) 289 f.; *Leyens/Schäfer,* AcP 210 (2010) 771, 793 ff.; die die Inhaltskontrolle bei Überschreiten einer bestimmten Vertragswertgrenze ausschließen wollen.

Mehr Freiheit wagen im Versicherungsrecht durch daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife

„Pay-as-you-drive“-, „Pay-as-you-live“- und „Smart-Home“-Tarife als Herausforderung für das Versicherungsvertragsrecht

Jan Lüttringhaus

Kann man mehr Freiheit im Versicherungsrecht wagen? Versicherungen sind hierzulande schon seit ihrer Einführung Ziel gesetzgeberischer Interventionen. In Müller-Armacks Wirtschaftsgeschichte „Religion und Wirtschaft“ ist nachzulesen, dass manche norddeutschen Fürsten Versicherungsverträge

und Regenschirme strikt untersagen wollten: In norddeutschen Landen sei es schließlich gottgegeben, dass der Mensch vom Regen durchnässt und durch unvorhergesehene Ereignisse geschädigt werde.[1]

Diese Auffassung hat sich glücklicherweise nicht lange halten können. Regenschirme sind mittlerweile legal, und auch der Regelungsbedarf im Versicherungsrecht wird heutzutage ein wenig anders begründet: Versicherungen sind komplexe, für durchschnittliche Versicherungsnehmer nur schwer verständliche Rechtsprodukte.[2] Der Versicherer verfügt insoweit über einen erheblichen Informationsvorsprung und ist stets versucht, sein Produkt möglichst so zu gestalten, dass es vor allen Dingen seinen eigenen Interessen dient.[3] Dem steuert das Versicherungsrecht durch eine Vielzahl zumeist halbzwingender Vorschriften entgegen.[4] Die Gestaltungsoptionen der Versicherer werden darüber hinaus nicht zuletzt durch das Versicherungsaufsichtsrecht und durch die Klauselkontrolle begrenzt.[5]

Wie können in dieser stark regulierten Materie nun größere Freiräume zum Nutzen beider Vertragsparteien geschaffen werden? Die Versicherungsunternehmen antworten darauf mit dem Schlagwort der Digitalisierung der Versicherungsprodukte: Hierdurch sollen bislang unbekannte Möglichkeiten für das *insurance law and its clients* entstehen.[6] Worum geht es dabei konkret?

Neue Technologien ermöglichen es den Versicherungsnehmern, höchstpersönliche Informationen in Echtzeit an die Versicherer zu übermitteln. Die ununterbrochenen Datenströme erlauben eine präzisere Einschätzung des individuellen Risikos. Zudem können Risikoänderungen umgehend erkannt werden.

Für die Versicherer und die Versicherungsnehmer entstehen somit neue Freiräume, *daten- und risikoadjustierte* Versicherungsverträge zu schließen. Nach dem Motto „pay-as-you-drive“ in der Kfz-Haftpflichtversicherung und „pay-as-you-live“ in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung stellen diese Vertragsmodelle den Versicherungsnehmern geringere Beiträge in Aus-

---

[1] Vgl. *Alfred Müller-Armack,* Religion und Wirtschaft[3] (Bern u.a. 1981) 221. Siehe auch *Johann Beckmann,* Beyträge zur Geschichte der Erfindungen, Bd. I (Leipzig 1786) 219 ff. Grundlage dieser Ansicht ist wohl unter anderem *Matthäus* 5.45 (Lutherbibel 1912): „[Der Vater im Himmel] läßt seine Sonne aufgehen über die Bösen und über die Guten und läßt regnen über Gerechte und Ungerechte.“

[2] Eingehend *Meinrad Dreher,* Die Versicherung als Rechtsprodukt (Tübingen 1991).

[3] Vgl. zu diesem „Überlegenheitsgefälle“ nur *Christian Armbrüster,* in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz[30] (München 2018) Einl. Rn. 246, der freilich zugleich auf punktuelle Informationsvorsprünge des Versicherungsnehmers verweist.

[4] Statt vieler *Manfred Wandt,* Versicherungsrecht[6] (München 2016) 3 f. und 76 ff.

[5] Zur Interaktion der Rechtsquellen des Versicherungsrechts statt aller Prölss/Martin/*Armbrüster* (Fn. 3) Einl. Rn. 2 ff. und 35 ff.

[6] Vgl. zu dieser adressatenbezogenen Sichtweise *Jürgen Basedow,* Comparative Law and its Clients, Am. J. Comp. L. 62 (2014) 821–857.

sicht. Dafür müssen die Versicherten allerdings fortlaufend Daten preisgeben und – z.B. im Fall der Lebensversicherung – gegebenenfalls ihre Lebensgewohnheiten anpassen.

Verheißen solche datenadjustierten Tarife nun mehr Freiheit im Versicherungsrecht? Oder sollte diese Entwicklung gar unterbunden werden, weil sie uns – wie manche meinen –[7] geradewegs in eine lückenlos überwachte *brave new world* der Versicherung führt? Diese Fragen werden im Folgenden in drei Schritten beantwortet: Im *ersten Schritt* wird ein Überblick über die technischen Möglichkeiten und die hierauf aufbauenden Versicherungstarife gegeben (unten I.). Im *zweiten Schritt* gilt es, die versicherungsrechtliche Zulässigkeit solcher Vertragskonstruktionen zu überprüfen (unten II.). Hier ist zu fragen, ob das deutsche Versicherungsvertragsgesetz (VVG) und die von *Jürgen Basedow* mitgestalteten Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)[8] angesichts der Digitalisierung eines „Updates" bedürfen. Im *dritten und letzten Schritt* werden die von den neuen Tarifen ausgehenden Gefahren benannt und drei Thesen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen formuliert, unter denen diese Digitalisierung der Versicherungsprodukte einen Zugewinn an Freiheit versprechen kann (unten III.).

I. Daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife

Im Zentrum der Betrachtungen stehen drei daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife, die im Folgenden unter dem Oberbegriff der „Tracking"-Tarife zusammengefasst werden: Den Telematik- (unten 1.), Fitness- (unten 2.) und Smart-Home-Tarifen (unten 3.) ist dabei gemein, dass hier das Verhalten der Versicherten und Umstände aus ihrem engstem Lebensumfeld fortlaufend dokumentiert werden.[9]

---

[7] Vgl. etwa die Aussagen der ehemaligen Vorsitzenden des deutschen Ethikrates, *Christiane Woopen,* Bedrohen Fitness-Apps die Würde des Menschen?, Stern, Nr. 44 vom 22.10.2015. Gleichsinnig z.B. Kleine Anfrage der Fraktion „Die Linke" und einzelner Abgeordneter, BT-Drucks. 18/3633 vom 18.12.2014.

[8] Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)^2, hrsg. von Jürgen Basedow/John Bird/Malcom A. Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss/Leander Loacker (Köln 2016).

[9] Siehe zu dieser Entwicklung schon frühzeitig *Norbert Dick/Nicola Füllgraf,* Der Erneuerungsprozess hat bereits begonnen, VW 2007, 669. Vgl. auch *Lena Rudkowski,* Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in: 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e.V., hrsg. von Robert Koch/Manfred Werber/Gerrit Winter (Karlsruhe 2016) 679–692.

1. Telematik-Tarife: „pay-as-you-drive“

Zu den Tracking-Tarifen zählen zunächst sogenannte Telematik-Tarife in der Kfz-Haftpflichtversicherung.[10] Sie machen sich den Umstand zunutze, dass die Bordcomputer moderner Automobile eine Vielzahl von Daten messen und speichern: Dazu zählen etwa die Geschwindigkeit, das Beschleunigungs- und Bremsverhalten, die Witterungsverhältnisse sowie der per Global Positioning System (GPS) ermittelte Standort des Fahrzeugs.[11] In der Zusammenschau zeichnen diese Daten ein detailliertes Bild des Fahrverhaltens. So lässt sich u.a. rekonstruieren, ob der Fahrer Tempolimits einhält oder aggressiv anfährt und abbremst.[12]

Im Rahmen von Telematik-Tarifen suchen Kfz-Haftpflichtversicherer nun all dieser Daten habhaft zu werden. Dabei werden diese Daten zumeist mithilfe einer in das Kfz eingebauten „Black Box“ an ein vom Versicherer mit der Datenverarbeitung beauftragtes Unternehmen übermittelt.[13] Teilweise reicht auch schon das Smartphone des Fahrers aus, das die Kfz-Daten über eine Schnittstelle empfängt und mithilfe einer App an den Versicherer weitergibt.[14]

Die Daten fließen in ein Punktesystem ein, und auf Grundlage dieses „Scorings“ werden in regelmäßigen Abständen auf den individuellen Fahrstil zugeschnittene Prämien berechnet.[15] Bei dieser Totalüberwachung aller Fahrmanöver kosten potentiell jede Vollbremsung und jede rasante Kurvenfahrt extra: Dies lässt sich prägnant auf die Formel „pay-as-you-drive“ bringen. Die Telematik-Tarife richten sich vor allem an junge, technikaffine Kunden, die bei verantwortungsvollem Fahrverhalten frühzeitig günstigere Beiträge mithilfe dieses Tarifmodells erreichen können.

---

[10] Siehe hierzu bereits *Dick/Füllgraf,* VW 2007, 669.

[11] *Thilo Weichert,* Datenschutz im Auto, SVR 2014, 241–247, 245 f.; *Dominik Klimke,* Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, r+s 2015, 217–225, 218.

[12] *Weichert,* SVR 2014, 241, 245; *Klimke,* r+s 2015, 217, 218.

[13] Den Versicherungsunternehmen spielt nun auch die Verordnung (EU) 2015/758 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2015 über Anforderungen für die Typgenehmigung zur Einführung des auf dem 112-Notruf basierenden bordeigenen eCall-Systems in Fahrzeugen und zur Änderung der Richtlinie 2007/46/EG, ABl. 2015 L 123/77, in die Hände, die seit dem 31.3.2018 den verpflichtenden Einbau einer Black Box in jedes Neufahrzeug vorsieht, um Kfz- und Unfalldaten aufzuzeichnen. Diese Black Box kann nicht nur als „Unfalldatenschreiber“ fungieren und automatisch Notrufe absetzen, sondern sie mag auch in den Dienst der Versicherungsunternehmen gestellt werden, vgl. *Weichert,* SVR 2014, 241, 245 f.; *Klimke,* r+s 2015, 217, 218.

[14] Siehe nur *Axel Spies,* M2M: Zu scharf gebremst?, Ihr Smartphone könnte Sie bald bei Ihrer Kfz-Versicherung anschwärzen, ZD-Aktuell 2013, 03539.

[15] *Spies,* ZD-Aktuell 2013, 03539; *Weichert,* SVR 2014, 241, 246; *Klimke,* r+s 2015, 217, 218. Siehe zur datenschutzrechtlichen Dimension eingehend *Volker Lüdemann/Christin Sengstacken/Kerstin Vogelpohl,* Pay as you drive: Datenschutz in der Telematikversicherung, RDV 2014, 302–306; *Christian Armbrüster/Felix Greis,* Telematik in der Kfz-Versicherung aus rechtlicher Sicht, ZfV 2015, 457–460.

2. *Fitness-Tarife: „pay-as-you-live"*

Einen ähnlichen Ansatz verfolgen die Versicherer nun auch bei Fitness-Tarifen in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung.[16] Nach dem Prinzip „pay-as-you-live" werden den Unternehmen hier Daten über den individuellen Lebenswandel der Versicherten übermittelt.[17]

Jedes heute gängige Smartphone kann dank GPS die zu Fuß zurückgelegten Strecken erfassen. Hieraus lassen sich bereits erste Rückschlüsse auf die individuelle körperliche Verfassung ziehen. Das *iPhone* von *Apple* hat sogar einen eigenen Prozessor, der die Zahl der Schritte und der erklommenen Treppenstufen berechnet. Damit kann man den meisten Menschen schon jetzt buchstäblich auf Schritt und Tritt folgen. Zudem sammeln Sportbegeisterte mit Fitnessuhren und anderen „Wearables" häufig noch weitere Gesundheitsdaten auf ihren Smartphones.

Diese Daten sind für die Assekuranz hochinteressant: So bietet die *Generali*-Versicherung in ihrem *Vitality*-Tarif Beitragseinsparungen an, wenn der Versicherte Daten bezüglich seines Bewegungsverhaltens fortlaufend per Smartphone übermittelt.[18] Zudem erhalten die *Vitality*-Kunden Rabatte bei Partnerunternehmen, wie etwa Fitnessstudios, Online-Supermärkten und Kaufhäusern.[19] Durch die Teilnahme an diesem Rabatt-Programm willigen die Versicherten ein, dass der Inhalt ihrer Einkäufe wiederum den zur Berechnung des *Vitality*-Status eingesetzten Dienstleistern des Versicherers mitgeteilt wird.[20]

---

[16] Demgegenüber hat das Bundesversicherungsamt die Verwendung von Fitness-Trackern in der gesetzlichen Krankenversicherung bereits 2015 untersagt, vgl. *Bundesversicherungsamt,* Tätigkeitsbericht 2015, S. 18 f. Nach Auffassung der Bundesregierung sollen in der substitutiven Krankenversicherung „Gesundheitsmonitoring mittels Apps und darauf aufbauende risikoadjustierte Prämien" mit § 203 Abs. 2 und §§ 155, 160 VVG unvereinbar sein, vgl. Antwort der Bundesregierung „Verbraucherschutz bei Gesundheits-Apps", BT-Drucks. 18/10259 vom 9.11.2016, S. 5. Diese Begründung erscheint indes fragwürdig, weil es bei Tracking-Tarifen gerade nicht um unvorhergesehene Änderungen des Leistungsbedarfs und um eine Anpassung der Tarifprämie und der Rechnungsgrundlagen nach § 203 Abs. 2 VVG geht, siehe dazu auch unten II. 2. a). Zu Recht sieht *Christoph Brömmelmeyer,* Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung?, Rechtliche Rahmenbedingungen für Vitalitäts-Tarife, r+s 2017, 225–232, 228 f., die Begründung vielmehr im versicherungsaufsichtsrechtlich fundierten Gleichbehandlungsgrundsatz des § 146 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 138 Abs. 2 VAG.

[17] Siehe zum Begriff und der technologischen Entwicklung bereits *Dick/Füllgraf,* VW 2007, 669. Siehe aus datenschutzrechtlicher Perspektive eingehend *Christian Völkel,* Wearables und Gesundheitsdaten: Möglichkeiten und Grenzen zur cloudbasierten Nutzung durch Ärzte und Krankenversicherungen aus datenschutzrechtlicher Sicht, in: Internet der Dinge, hrsg. von Jürgen Taeger (Edewecht 2015) 35–51.

[18] Vgl. <https://www.generali-vitalityerleben.de>.

[19] Vgl. wiederum <https://www.generali-vitalityerleben.de>.

[20] Dabei ist eine Ausweitung des Programms geplant, vgl. *Herbert Fromme,* Eine Frage des Lebensstils, SZ vom 19.8.2015: „Daneben soll es Vereinbarungen mit Supermarkt-

Durch die Zusammenführung all dieser Informationen lassen sich dann die Bewegungs-, Ernährungs- und sonstigen Lebensgewohnheiten der Versicherten zumindest ausschnittsweise erfassen. Die Daten fließen wiederum in ein Punktesystem ein, mit dessen Hilfe in regelmäßigen Abständen risikoadjustierte Versicherungsbeiträge berechnet werden.[21]

3. Smart-Home-Tarife

Dies führt zur Frage, ob man von derartigen Vermessungen zumindest in den eigenen vier Wänden verschont bleibt. Doch ebenso wie Versicherer in den USA und in Frankreich entwickeln auch deutsche Versicherer bereits Smart-Home-Tarife, bei denen internetfähige Geräte Daten aus dem unmittelbaren Haushaltsumfeld des Versicherten erfassen und an die Versicherung übermitteln können.[22] Moderne Alarmanlagen, Backöfen, Kühlschränke, Waschmaschinen, elektronische Türschlösser, Heizungen und Rauchmelder verfügen längst über die hierfür notwendigen Datenschnittstellen.[23] Die erhobenen Daten sind für Versicherer zunächst im Rahmen der Sachversicherung relevant, etwa, wenn die Frage zu klären ist, ob – und gegebenenfalls auf welche Weise – ein Versicherungsfall eingetreten ist.[24]

Darüber hinaus lässt sich mithilfe der Smart-Home-Daten der Versicherungsbeitrag *theoretisch* ebenfalls an das Verhalten des Versicherten anpassen: So kann etwa ein internetfähiger Kühlschrank alle ein- und ausgehenden Lebensmittel scannen und erforderlichenfalls Produkte selbstständig online nachbestellen. Spätestens hier wird deutlich, dass mithilfe der Smart-Home-Technologie Lebens- und Ernährungsgewohnheiten erkannt und *en détail*

---

ketten wie Rewe und Drogeriemärkten geben. Sie müssen dazu bereit sein, in ihren Kassensystemen die Produkte zu kennzeichnen, die für gesunde Ernährung stehen. Dazu gehören Biowaren und Obst".

[21] Diese „Fitness"-Tarife scheinen dabei ein Prämientreiber zu sein: Während die Lebensversicherung im Übrigen stagniert, verzeichnet Generali im *Vitality*-Tarif derzeit ein Prämienwachstum von rund 5 %, vgl. <http://versicherungswirtschaft-heute.de/unternehmen-management/vitality-programm-tragt-fruchte-bei-dialog/>.

[22] Siehe zur Entwicklung solcher Tarife nur *Dirk Siegel,* Digitale Lebenshilfen: Versicherer wollen Risiken durch die Nutzung von Sensordaten reduzieren – erste Erfahrungswerte gibt es schon, VW 5/2016, 62; *Lena Rudkowski,* Versicherungsrechtliche Probleme des vernetzten Zuhauses („Smart Home"), VersR 2017, 1–9. Derzeit steht dabei für die Versicherer wohl vor allem das „Cross-Selling" der „Smart-Home"-Produkte von Partnerunternehmen im Vordergrund; zugleich sind aber auch die dabei anfallenden Daten potentiell für Versicherer von Bedeutung, vgl. nur <https://www.cosmosdirekt.de/smart-home/systeme/>: „Für Ihre Sicherheit kombiniert CosmosDirekt die Hausratversicherung mit den Smart Home Devices von Devolo bzw. Nest."

[23] Siehe zu den technischen und datenschutzrechtlichen Aspekten nur *Oliver Raabe/Eva Weis,* Datenschutz im „Smart Home", RDV 2014, 231–240.

[24] Dies betrifft z.B. die Erfüllung von Sicherheits-, Anzeige- und Auskunftsobliegenheiten des Versicherungsnehmers, vgl. *Rudkowski,* VersR 2017, 1, 5 ff.

dokumentiert werden können. Solche Smart-Home-Daten sind daher potentiell auch für die Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung interessant.

Die zahlreichen technischen Möglichkeiten werfen die Frage auf, inwieweit eine datenadjustierte Tarifierung versicherungsrechtlich zulässig ist.

II. Vertragsrechtliche Aspekte daten- und risikoadjustierter Versicherungstarife

Aus der Fülle der Rechtsprobleme werden hier drei Fragenkomplexe herausgegriffen: Der erste betrifft die Vereinbarkeit datenadjustierter Versicherungstarife mit grundlegenden Wertungen des Versicherungsrechts (unten 1.). Die zweite Frage zielt auf die versicherungsvertragliche Zulässigkeit solcher Tarife nach dem deutschen VVG sowie den PEICL (unten 2.). Schließlich sind einige Probleme im Kontext der Klauselkontrolle zu benennen (unten 3.).

1. Datenbasierte Tarife – „Entsolidarisierung“ des Versichertenkollektivs?

Gegen datenbasierte Versicherungstarife wird zunächst eingewandt, dass sie gegen wesentliche Grundgedanken des Versicherungsrechts verstießen. Der Vorwurf lautet, dass Tracking-Tarife allzu strikt an den individuellen Risiken ausgerichtet seien: Hierdurch werde die Solidarität in der Versicherung aufgekündigt und das Ende des Risikoausgleichs im Kollektiv eingeläutet.[25]

Dem ist entgegenzuhalten, dass eine möglichst genaue Risikodifferenzierung in der *Privat*versicherung durch das Äquivalenzprinzip geboten ist: Anders als in der öffentlich-rechtlichen *Sozial*versicherung soll hier grundsätzlich jeder Versicherte eine seinem individuellen Risikoprofil entsprechende Prämie zahlen und nicht auf Kosten des Versichertenkollektivs Vorteile erlangen.[26] Die zutreffende Erfassung der individuellen Risiken durch Tracking-Tarife läuft also keineswegs den Grundgedanken der Privatversicherung zuwider. Ganz im Gegenteil profitiert das Versichertenkollektiv davon, wenn Risiken möglichst präzise erkannt und entsprechend auch risikogerechte Prämien gezahlt werden.

---

[25] In diesem Sinne äußert sich etwa die ehemalige Vorsitzende des deutschen Ethikrates, *Christiane Woopen*: „Wenn wirklich das Risiko jedes Einzelnen bewertet wird, dann teilen wir Risiken nicht mehr […]. Wir kündigen die Solidarität auf“, vgl. Stern, Nr. 44 v. 22.10.2015. Gleichsinnig zur „Entsolidarisierung“ z.B. BT-Drucks. 18/3633, S. 2 f.

[26] Statt vieler *Roland Michael Beckmann,* in: Bruck/Möller/Winter, Versicherungsvertragsgesetz[9], Bd. I (Berlin 2008) Einf. A Rn. 23; *Dirk Looschelders,* in: Münchener Kommentar zum VVG[2] (München 2016) § 1 VVG Rn. 99. Siehe mit Blick auf Tracking-Tarife ausdrücklich auch *Dirk Looschelders,* Fragmentierung der Kollektive in der Privatversicherung – juristische Implikationen, ZVersWiss 104 (2015) 481–499, 498.

Überdies findet auch bei Tracking-Tarifen ein Risikoausgleich im Kollektiv statt, da der ständige Datenfluss keine Gewähr dafür bietet, dass sämtliche Schäden ausbleiben.[27] Idealerweise verringern sich die Schadenshäufigkeit und der Schadenerwartungswert, etwa, weil Autofahrer mit Telematik-Tarifen zu einer vorsichtigeren Fahrweise neigen. Die Tracking-Tarife stehen folglich mit den Grundprinzipien des Privatversicherungsrechts in Einklang.

2. *Versicherungsvertragliche Zulässigkeit*

Damit bleibt zu klären, ob das deutsche Versicherungsvertragsrecht sowie die PEICL solche Tracking-Tarife sachgerecht erfassen können. Eine zentrale Herausforderung besteht darin, dass die Versicherungsbeiträge je nach Inhalt der übermittelten Daten angepasst werden.

a) *Prämienanpassungen bei Gefahrerhöhung oder -minderung*

Auch den datenadjustierten Tarifen liegt eine bestimmte Ausgangsprämie zugrunde. Diese wird jedoch ermäßigt, solange die übertragenen Daten ein günstiges Risikoprofil des Versicherten belegen. Umgekehrt kann der Beitrag steigen, wenn die Daten auf ein höheres Risiko hindeuten. Je nach Vertragsgestaltung kann die Abrede zur Beitragsanpassung daher an den gesetzlichen Vorschriften zur Gefahrerhöhung oder Gefahrminderung zu messen sein. Einschlägig wären hier im deutschen Versicherungsvertragsrecht insbesondere die §§ 23 ff. VVG. In der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung müssen die gefahrändernden Umstände zudem ausdrücklich im Vertrag vereinbart werden.[28] Dagegen liegt auch bei Tracking-Tarifen in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung gerade kein Fall der „Prämien- und Leistungsanpassung“ nach §§ 163, 176 VVG oder Art. 17:303(2) PEICL vor, weil die Prämie nicht einseitig durch den Versicherer infolge eines unvorhergesehenen Leistungsbedarfs und auf Basis entsprechend berichtigter Rechnungsgrundlagen angepasst wird. Vielmehr erfolgt die Beitragsänderung gemäß der vertraglichen Vereinbarung und auf Grundlage unveränderter Rechnungsgrundlagen für Tracking-Tarife.[29]

---

[27] *Looschelders,* ZVersWiss 104 (2015) 481, 498.

[28] §§ 158, 176 VVG und vgl. auch Art. 4:201 PEICL. Im Fall des Generali-*Vitality*-Tarifs wird bislang allerdings nur das „Rauchen“ ausdrücklich nach § 158 VVG als Gefahrerhöhung im Vertrag vereinbart, vgl. § 2a Abs. 4 Allgemeine Bedingungen für die Risikolebensversicherung (ABRis-D-V). In der privaten Krankenversicherung finden die Regelungen über die Gefahrerhöhung gemäß § 194 Abs. 1 Satz 2 keine Anwendung, statt vieler *Theo Langheid,* in: Langheid/Rixecker, Kommentar zum VVG[5] (München 2016) § 23 VVG Rn. 5.

[29] *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 229. Dass solche vertraglichen Anpassungsklauseln im Ausgangspunkt versicherungsvertraglich zulässig sind, folgt schon aus § 40 VVG, siehe

Den Maßstab für die Zulässigkeit der datenadjustierten Tarifierung bilden damit zuvörderst die Regelungen zur Gefahränderung nach §§ 23 ff. VVG. Diese Normen sind gemäß § 32 VVG halb-zwingend; von ihnen darf im Versicherungsvertrag also nicht *zuungunsten* des Versicherten abgewichen werden. Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben sind in den Tracking-Tarifen jedoch die Regel: Beispielsweise wirken sich hier eigentlich mitversicherte Risiken – wie etwa eine schnelle, aggressivere Fahrweise in der Kfz-Haftpflichtversicherung – entgegen § 27 Satz 2 und § 25 VVG automatisch beitragserhöhend aus.[30] Sollte diese vertragliche Abweichung dem Versicherungsnehmer nachteilig sein, wäre sie unzulässig.[31] Bei datenbasierten Tarifen steht der Möglichkeit einer Beitragserhöhung jedoch immer die Chance auf eine Beitragsreduktion bei günstigen Daten gegenüber. Soweit sich die hiermit verbundenen Vor- und Nachteile insgesamt die Waage halten, sollten solche Vertragsbestimmungen zulässig sein.[32] Erst recht können die Parteien des Versicherungsvertrages daher über § 41 VVG hinaus Fälle der Beitrags-*herabsetzung* wegen einer Gefahränderung vereinbaren, weil solche Regelungen dem Versicherungsnehmer stets im Sinne des § 42 VVG vorteilhaft sind.[33]

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch im Rahmen des autonomiefreundlichen Ansatzes der PEICL: Dieses Regelwerk verzichtet auf mit §§ 23 ff. VVG vergleichbare Vorgaben und lässt eine Prämienerhöhung im Fall einer vertraglich definierten Gefahrerhöhung auch bei Tracking-Tarifen grundsätzlich zu.[34]

---

auch Langheid/Rixecker/*Langheid* (Fn. 28) § 163 VVG Rn. 3; PEICL (Fn. 8) Art. 17:303 C14.

[30] Siehe zu Telematik-Tarifen eingehend *Klimke,* r+s 2015, 217, 220. Vgl. zur mitversicherten Verschlechterung des Gesundheitszustandes in der Berufsunfähigkeits- und Lebensversicherung *Looschelders,* ZVersWiss 104 (2015) 481, 492 unter Verweis auf *Gerrit Winter,* in: Bruck/Möller/Winter, Versicherungsvertragsgesetz[9], Bd. VIII/1 (Berlin u.a. 2013) § 158 VVG Rn. 4.

[31] Vgl. wiederum § 32 Satz 1 VVG und Art. 1:103(2) PEICL.

[32] So auch *Klimke,* r+s 2015, 217, 220 zu Telematik-Tarifen. Siehe zu § 32 Satz 1 VVG statt vieler *Manfred Wandt,* in: Münchener Kommentar zum VVG[2] (München 2016) § 32 VVG Rn. 12 ff.; *Roland Rixecker,* in: Langheid/Rixecker, Kommentar zum VVG[5] (München 2016) § 32 VVG Rn. 3. Vgl. zur Saldierung der Vor- und Nachteile abweichender Vereinbarungen ferner nur Prölss/Martin/*Armbrüster* (Fn. 3) § 18 VVG Rn. 4.

[33] Vgl. nur *Roland Michael Beckmann,* in: Bruck/Möller/Winter, Versicherungsvertragsgesetz[9] (Berlin, New York 2010) Bd. 2, § 41 VVG Rn. 17 und § 42 VVG Rn. 5 ff.

[34] Vgl. Art. 4:201 PEICL. Im Bereich der Lebensversicherung betonen die PEICL (Fn. 8) Art. 17:303 C14 entsprechend ausdrücklich, dass Art. 17:303 PEICL einer (risikoadjustierten) Prämienanpassungsklausel solange nicht entgegensteht, wie die Klausel für den Versicherungsnehmer nicht i.S.d. Art. 1:103(2) PEICL nachteilig ist.

b) Beitragsreduktion durch Überschussbeteiligung gesundheitsbewusster Versicherter bei „Fitness"-Tarifen

Um die Klippen der Gefahr- und Prämienänderung zu umschiffen, wird bei Fitness-Tarifen in der Lebensversicherung ohnehin ein anderer Ansatz gewählt: Das durch die Daten dokumentierte Verhalten der Versicherten wirkt sich ausschließlich auf die Verteilung der Überschüsse aus. [35] Die Überschussbeteiligung kommt vorrangig gesundheitsbewussten Versicherten zugute und kann deren Versicherungsbeitrag reduzieren.[36] Dagegen wird die vertraglich vereinbarte Prämie selbst weder erhöht noch ermäßigt, wenn positive oder negative Gesundheitsdaten übermittelt werden.[37] Diese Zuweisung der Überschussbeteiligung ist auch mit dem in § 153 Abs. 2, § 176 VVG niedergelegten Grundsatz der verursachungsorientierten Verteilung vereinbar: Schließlich wird das Risiko des Todesfalls bei gesundheitsbewussten Versicherten grundsätzlich niedriger sein.[38]

3. Klauselkontrolle

Während das Versicherungsvertragsrecht somit keine unüberwindbaren Hürden für Tracking-Tarife aufstellt, unterliegen die allgemeinen Versicherungsbedingungen auch der AGB-Klauselkontrolle.

a) Transparenzgebot

Bei den derzeit am Markt verfügbaren Tarifen lauern Fallstricke schon bei der Transparenzkontrolle: Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Klauseln möglichst klar und verständlich abzufassen, so dass der Versicherungsnehmer seine Rechte und Pflichten dem Vertragstext ohne weiteres entnehmen kann.[39] Damit sind insbesondere die Kriterien und Methoden zur Berechnung der daten- und risikoadjustierten Beitragsanpassungen transparent darzustellen. Schließlich fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass Verbraucher in der Lage sein müssen, die aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) erwachsenden „wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien" einzuschätzen.[40]

---

[35] So geht z.B. die Generali-Versicherung bei ihren *Vitality*-Tarifen vor, vgl. § 16 Abs. 4 ABRis-D-V.

[36] Vgl. wiederum nur § 16 Abs. 4 ABRis-D-V.

[37] *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 229. Zudem ist im Fall des Generali-*Vitality*-Tarifs bislang ohnehin nur das „Rauchen" nach § 158 VVG ausdrücklich als Gefahrerhöhung im Vertrag vereinbart, vgl. § 2a Abs. 4 ABRis-D-V.

[38] *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 228.

[39] Statt vieler *Jürgen Basedow,* Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts, VersR 1999, 1045–1055.

[40] Vgl. nur EuGH 23.4.2015 – Rs. C-96/14 (*van Hove ./. CNP Assurance*), ECLI:EU:C:2015:262, Rn. 41 ff. und 50.

Diesem *Bestimmtheitsgebot* genügen die Versicherungsbedingungen nur, wenn aus den Klauseln hervorgeht, welche Verhaltensweisen des Versicherten beobachtet werden, welche Parameter in die Bewertung einfließen und wie diese Kriterien im Einzelnen – positiv oder negativ – gewertet und gewichtet werden.[41] Der Versicherer steht dabei zugleich vor der Herausforderung, den komplexen Mechanismus des Tracking-Tarifs hinreichend bestimmt und zugleich auch *verständlich* darzustellen, so dass der Versicherte stets erkennen kann, welche Auswirkungen sein Verhalten auf die Höhe seines Versicherungsbeitrags hat.[42] Damit muss der Versicherer also nicht zuletzt die Grundzüge des für das *Scoring* verwendeten Punktesystems offenlegen und dem Versicherten mitteilen, ab welcher Punktzahl er einen Rabatt erhält und – umgekehrt –, ab welcher Verschlechterung seiner Punktzahl er höhere Beiträge entrichten muss.

Aufgrund der Komplexität der *Scoring*-Systeme genügen derzeit aber bei weitem nicht alle Tracking-Tarife diesen Anforderungen. An dieser Stelle sei nur das Beispiel des Generali-*Vitality*-Tarifs erwähnt: Hier wird bereits nicht lückenlos aufgeschlüsselt, welches Gewicht der Versicherer den einzelnen Parametern beilegt.[43] Vor allem ist für den Versicherten weder ersichtlich, wie sich die Vornahme oder Nichtvornahme gesundheitsrelevanter Maßnahmen konkret auf die Beitragshöhe auswirkt, noch in welcher Bandbreite –

---

[41] Ebenso zu Telematik-Tarifen *Klimke,* r+s 2015, 217, 218 f. und zu Fitness-Tarifen *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 230. Siehe allgemein auch *Leander D. Loacker,* Rechtsvergleichende Überlegungen de lege (non) ferenda am Beispiel der Versicherungsprämie, in: Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, hrsg. von Anton. K. Schnyder (Zürich 2015) 127–176, 132 ff.

[42] Ganz in diesem Sinne fordert bereits EuGH 23.4.2015 – Rs. C-96/14 (*van Hove ./. CNP Assurance*), ECLI:EU:C:2015:262, Rn. 41 ff. und 50 eine transparente Darstellung der „konkrete[n] Funktionsweise des Mechanismus, auf den sich die betreffende Klausel bezieht". Vgl. auch *Klimke,* r+s 2015, 217, 218 f.; *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 230. Siehe zum potentiellen Konflikt zwischen Bestimmtheits- und Verständlichkeitsgebot nur *Loacker,* Versicherungsprämie (Fn. 41) 133 ff. und 138 ff.

[43] Vgl. § 16 Abs. 4 ABRis-D-V: „Die Überschussanteile Ihrer Versicherung können steigen, wenn die versicherte Person – bei verbundenen Leben die versicherten Personen – durch sonstiges gesundheitsbewusstes Verhalten einen entsprechenden Generali Vitality Status erreichen, wodurch der Nettobeitrag sinken kann. Umgekehrt können die Überschussanteile Ihrer Versicherung aber auch sinken, wenn die versicherte Person – bei verbundenen Leben die versicherten Personen – sich weniger sonstig gesundheitsbewusst verhalten und einen diesem Verhalten entsprechenden Generali Vitality Status erhalten, wodurch der Nettobeitrag steigen kann. Der Nettobeitrag ergibt sich aus dem um die Überschussanteile reduzierten Beitrag. Einzelheiten hierzu, insbesondere zu den von dem Generali Vitality Status abhängigen jährlichen Zu- oder Abnahmen Ihres Nettobeitrages, sowie zu den in jedem Versicherungsjahr geltenden Grenzwerten und Bezugsgrößen finden Sie in unserem jährlichen Geschäftsbericht; diese Werte werden jährlich im Rahmen der Überschussdeklaration neu festgesetzt."

und damit innerhalb welchen *„Beitragsentlastungskorridors“* – der Beitrag schwanken kann.[44]

b) Inhaltskontrolle der Tracking-Klauseln

Womöglich müssen Tracking-Klauseln darüber hinaus auch einer *Inhaltskontrolle* am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhalten.

aa) Kontrollfähigkeit und -umfang als Preisnebenabreden

Zwar mag man die Kontrollfähigkeit von Tracking-Klauseln mit dem Argument bezweifeln, dass die daten- und risikoadjustierte Tarifierung gerade die Höhe des Versicherungsbeitrags und damit das nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kontrollfreie Preis-Leistungsverhältnis betrifft.[45] Diese Sichtweise hat der BGH etwa bei Schadensfreiheitsrabatten eingenommen.[46] Im Gegensatz zur vertraglichen Honorierung der Schadensfreiheit geht es bei den daten- und risikoadjustierten Tracking-Tarifen jedoch um komplexe, für die Versicherten nicht unmittelbar einsichtige Faktoren, welche die Berechnung des Versicherungsbeitrags bestimmen. Anders als bei einer Rabattierung im Fall des Ausbleibens von Schäden werden durchschnittliche Versicherte ihre Aufmerksamkeit kaum auf alle Faktoren der dynamischen Tracking-Tarif-Berechnung richten können. Die Tracking-Konditionen erscheinen daher von vorherein ungeeignet als Wettbewerbsparameter; dieses partielle Marktversagen rechtfertigt eine Inhaltskontrolle.[47] Entsprechend sind die Tracking-Klauseln als eine Sonderform der Prämienanpassungsklauseln und damit als kontrollfähige *Preisnebenabreden* zu behandeln.[48]

---

[44] Vgl. erneut § 16 Abs. 4 ABRis-D-V. Soweit dies auf ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Versicherers nach § 315 Abs. 1 BGB hinausläuft, verweist *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 230 f., zutreffend darauf, dass der Versicherer bei der Beitragsreduktion durch eine Überschussbeteiligung gesundheitsbewusster Versicherter zumindest einen „Beitragsentlastungskorridor“ in den AVB vereinbaren muss, da hier sonst der Vorwurf mangelnder Billigkeit nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB droht und eine Leistungsbestimmung durch Urteil nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderlich werden könnte.

[45] Vgl. auch Art. 4 Abs. 2 und Erwägungsgrund Nr. 19 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

[46] Vgl. zu einem Schadenfreiheitsrabatt bei einer AVB Luft-Kasko-Versicherung BGH 13.7.2005 – IV ZR 83/04, r+s 2005, 476, 477.

[47] Vgl. *Jürgen Basedow,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2016) Vor § 305 BGB Rn. 4 ff.

[48] Zur Kontrollfähigkeit von Prämienanpassungsklauseln allgemein nur BGH 1.7.1992 – IV ZR 191/91, NJW 1992, 2356, 2357. Siehe statt vieler MüKo VVG/*Ansgar Staudinger* (Fn. 26) § 40 VVG Rn. 5; *Armbrüster,* r+s 2012, 365, 367. Ebenso zu Tracking-Tarifen *Klimke,* r+s 2015, 217, 220; *Rudkowski,* Grundrechte (Fn. 9) 680; *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 231.

Ähnlich verhält es sich, wenn die Beitragsreduktion bei Fitness-Tarifen durch eine Überschussbeteiligung gesundheitsbewusster Versicherter erfolgt: Hier sind wiederum komplexe, für durchschnittliche Versicherungsnehmer nicht unmittelbar nachvollziehbare Rechenoperationen und Festlegungen durch den Versicherer erforderlich.[49] Entsprechend sind AVB-Klauseln zur Überschussbeteiligung der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterworfen.[50]

bb) Unangemessene Benachteiligung bei Verletzung des Symmetriegebots

Bei Prämienanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen ist dann insbesondere das Symmetriegebot im Rahmen des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten, d.h. es müssen in den Klauseln die gleichen Grundsätze für die Prämienanpassung nach *oben* und nach *unten* angelegt werden.[51] Unwirksam wären demnach AVB, die zwar eine Beitragserhöhung bei negativen Daten vorsehen, nicht aber eine korrespondierende Beitragsreduzierung im Fall positiver Daten.

c) Folgen der Unwirksamkeit von Tracking-Klauseln: Ausgangsbeitrag oder Durchschnittstarif?

Die Transparenz- und Inhaltskontrolle führt zu der Folgefrage, welche Konsequenzen aus der etwaigen Unwirksamkeit von Tracking-Klauseln zu ziehen sind: Soll der Versicherungsnehmer nun wieder den – aufgrund seiner guten *Score* eigentlich überhöhten – Ausgangstarif entrichten? Angesichts des Sanktionszwecks der Klauselkontrolle und um eine Schlechterstellung des Versicherten zu verhindern, muss Versicherten, die aufgrund ihrer Daten bislang einen Rabatt erhalten, dieser Tarif weiterhin erhalten bleiben.[52] Versicherte, die keine Tarifermäßigung erhalten, zahlen dagegen maximal den Ausgangstarif.[53]

---

[49] *Brömmelmeyer,* r+s 2017, 225, 231.

[50] Statt vieler Langheid/Rixecker/*Langheid* (Fn. 28) § 153 VVG Rn. 14. Vgl. auch BGH 24.3.2010 – IV ZR 71/08, BeckRS 2010, 11849.

[51] Vgl. BGH 6.7.2016 – IV ZR 44/15, NJW 2017, 388, 390 f. und siehe eingehend *Armbrüster,* r+s 2012, 365, 372 ff.; *ders.,* Das Symmetriegebot im Versicherungsrecht, in: FS Attila Fenyves (Wien 2013) 449–470.

[52] Vgl. zu solchen unionsrechtlich fundierten Sanktionszwecken nur EuGH 27.3.2014 – Rs. C-565/12 (*Crédit Lyonnais ./. Fesih Kalhan*) ECLI:EU:C:2014:190, Rn. 51 ff. Siehe zu Telematik-Tarifen eingehend *Klimke,* r+s 2015, 217, 219 f.

[53] *Klimke,* r+s 2015, 217, 220, möchte darüber hinaus bei unwirksamen Telematik-Klauseln auch jenen Versicherten eine Beitragseinsparung gewähren, die eigentlich nicht die Rabattvoraussetzungen erfüllen: Hier sei ein Tarif anzusetzen, der dem Mittelwert aller „normal" umsichtigen Versicherungsnehmer entspricht.

Als Zwischenbilanz bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass das Vertragsrecht die mit der dynamischen und datenbasierten Tarifierung verbundenen Probleme sachgerecht erfassen kann. Insofern sind die PEICL, das VVG und auch die AGB-Klauselkontrolle durchaus auf der Höhe der Zeit.

III. Datenbasierte Versicherungstarife – Freiheitsgewinn oder Wagnis?

Lenkt man den Blick über das Vertragsrecht hinaus, so könnten datenbasierte Tracking-Tarife dennoch Risiken bergen. Bedenken gegen die neue digitale Versicherungswelt ergeben sich nicht zuletzt mit Blick auf die deutschen und europäischen Grundrechte.

1. Grundrechtliche Vorgaben an das Privat- und Datenschutzrecht

a) Freiwilligkeit der Einwilligung in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten

Die Nutzung von Daten aus einzelnen Lebensbereichen – wie etwa Gesundheitsdaten in den Fitness-Tarifen – ist von der grundrechtlichen Warte durchaus zulässig. Dies gilt insbesondere für die *freiwillige* Offenlegung der Datensätze durch die Versicherten: Diese autonome Entscheidung wird durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet.[54] Wann eine Einwilligung in die Datenverarbeitung als freiwillig gilt, konkretisieren auf Ebene des einfachen Rechts künftig die Art. 6 ff. der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).[55] Deren Art. 9 fordert gerade bei Gesundheitsdaten und sonstigen sensiblen Informationen in der Regel eine *ausdrückliche* Einwilligung: Hier können sich Versicherer damit nicht auf vom Willen des Versicherten unabhängige gesetzliche Rechtfertigungstatbestände – wie etwa die „Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung“ nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO – stützen.[56]

---

[54] Statt vieler *Udo Di Fabio,* Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen (München 2016) 43 ff. und 86 ff. Siehe mit Blick auf Art. 8 GRCh auch *Jan Henrik Klement,* Öffentliches Interesse an Privatheit, JZ 2017, 161–170, 168 ff.

[55] Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/1.

[56] Hingegen betrifft die – speziellere – Regelung des § 213 VVG nur die Erhebung von Gesundheitsdaten bei *anderen* als von der Datenerhebung betroffenen Personen. Zu diesen Dritten zählen etwa Ärzte, Krankenhäuser und andere Versicherungsunternehmen, statt aller *Wolfgang Voit,* in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz[29] (München 2015) § 213 VVG Rn. 1.

Während eine detaillierte Auseinandersetzung mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen den Rahmen dieser Darstellung sprengen würde,[57] so ist hier doch folgendes Grundproblem bei Tracking-Tarifen herauszustellen: Je mehr Marktanteile diese Tarife in Zukunft gewinnen, desto fragwürdiger wird die *Freiwilligkeit* der Entscheidung der Versicherungsnehmer. Noch können sie nämlich ohne weiteres „normale" Versicherungstarife wählen, bei denen ihr Verhalten nicht ständig beobachtet wird. In Zukunft könnten solche Policen aber nur noch gegen bedeutende oder gar prohibitiv hohe Preisaufschläge zu erhalten sein. Dann wären die Freiwilligkeit und damit die informationelle Selbstbestimmung beim Abschluss von Tracking-Tarifen zu hinterfragen.[58] So mögen die Versicherungsnehmer beispielsweise bei existenzsichernden Berufsunfähigkeitsversicherungen künftig nicht mehr ohne weiteres „um des informationellen Selbstschutzes willen auf einen Vertra[g]" mit Tracking-Elementen verzichten können.[59] Mit ebendieser Argumentation haben das Bundesverfassungsgericht und der BGH in anderen Fallgestaltungen bereits eine Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung der Versicherten angenommen.[60]

b) Grenzen der Datenkombination: Datenschutzrecht und privatrechtliche Generalklauseln

Darüber hinaus bereiten Szenarien Probleme, in denen sich Versicherer vertraglich Zugang zu allen aus Telematik-, Fitness- und Smart-Home-Geräten gewonnenen Daten verschaffen und diese Daten miteinander verknüpfen. Während jeder dieser Datensätze für sich genommen noch vergleichsweise unverfänglich sein mag, könnte gerade durch die Kombination der Daten ein allzu umfassendes Bild der höchstpersönlichen Sphäre entstehen. Denkt man sich noch die bei Lebensversicherungsverträgen nach § 18 Gendiagnostikgesetz (GenDG) unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Erhebung *genetischer* Informationen hinzu,[61] so scheint der „gläserne Mensch" in der Tat greifbar nahe. Dass Versicherer nach möglichst umfassenden Datensätzen streben, belegt der jüngste Vorstoß des englischen Versicherers *Admiral*: Der Versicherer wollte Kunden in einem Tarif für Fahranfänger weitere Rabatte

---

[57] Siehe mit Blick auf Tracking-Tarife nur *Lüdemann/Sengstacken/Vogelpohl,* RDV 2014, 302 ff.; *Raabe/Weis,* RDV 2014, 231 ff.

[58] Wie hier eingehend *Simon Schwichtenberg,* „Pay as you drive" – neue und altbekannte Probleme, DuD 2015, 378–382. Zurückhaltender *Klimke,* r+s 2015, 217, 221.

[59] BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29, 30; BVerfG 17.7.2013 – 1 BvR 3167/08, NJW 2013, 3086, 3087 ff.

[60] Siehe wiederum BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29, 30; BVerfG 17.7.2013 – 1 BvR 3167/08, NJW 2013, 3086, 3087 ff. Siehe zu § 213 VVG sodann auch BGH 5.7.2017 – IV ZR 121/15, r+s 2017, 462, 464 f.

[61] Siehe hierzu auch PEICL (Fn. 8) Art. 1:208 C1 f.

in der Kfz-Haftpflichtversicherung anbieten, wenn die Versicherten ihm Zugriff auf ihre *Facebook*-Konten gewähren.[62] Anhand der Äußerungen auf *Facebook* sollten dann detaillierte Persönlichkeits- und Risikoprofile der Versicherten erstellt werden.[63]

Mit den Worten des BVerfG in der Volkszählungsentscheidung setzt indes die „[f]reie Entfaltung der Persönlichkeit […] unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen *unbegrenzte* Erhebung […] seiner persönlichen Daten voraus".[64] Selbst wenn der Versicherungsnehmer in die Preisgabe der jeweiligen Einzeldaten und in deren Kombination zum Zwecke einer datenbasierten Tarifierung eingewilligt hat, können hier daher Probleme aus der Verknüpfung der Datensätze entstehen.[65] Schließlich definiert das Datenschutzrecht gerade bei konsentierter Datenverarbeitung keine klaren *inhaltlichen* Grenzen und kann daher selbst eine übermäßige Datenverwendung nicht verhindern.[66] Dabei mag die ununterbrochene und lückenlose Dokumentation aller höchstpersönlichen Daten und Lebensbereiche im Extremfall sogar die *Menschenwürde* des Versicherten berühren: Dies kann freilich nur Situationen betreffen, in denen eine „Totalüberwachung" des Alltags[67] oder eine lückenlose Ausforschung von Persönlichkeitsmerkmalen erfolgt.[68] Hier mögen die existierenden Instrumente des Datenschutz- und des Versicherungsrechts das gebotene Maß an Grundrechtsschutz unterschreiten.[69] Aus Art. 1 Abs. 1 (i.V.m. Art. 2 Abs. 1) GG und – soweit ihr Anwendungsbereich nach Art. 51 GRCh eröffnet ist – aus den Unionsgrundrechten in Art. 1, Art. 8 GRCh können dann *Schutzpflichten* folgen, denen

---

[62] Siehe nur <https://heise.de/-3454410>; <https://netzpolitik.org/2017/social-media-analyse-und-profilierung-bei-versicherungen-beeinflussen-nicht-nur-mitgliedsbeitraege/>.

[63] Siehe erneut die Nachweise in Fn. 62.

[64] BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209 u.a., BVerfGE 65, 1, 43 (Herv. d. Verf.).

[65] Gerade mit Blick auf die „der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten" betont schon BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209 u.a., BVerfGE 65, 1, 45, dass „es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein ‚belangloses' Datum mehr" gebe.

[66] So normiert die DSGVO zwar den Grundsatz der sparsamen Datenverwendung („Datenminimierung") und schränkt auch die Verarbeitungszwecke ein, vgl. nur Art. 5 Abs. 1 lit. b und lit. c; Art. 6 Abs. 1 lit. a; Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO. Diese Mechanismen sind aber gerade nicht darauf ausgerichtet, ein etwaiges „Übermaß" von Datenverwendung und Datenkombination zu verhindern, in das der Versicherungsnehmer als Betroffener nach Art. 6 Abs. 1 lit. a oder Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO explizit eingewilligt hat.

[67] Ähnlich *Rudkowski,* Grundrechte (Fn. 9) 684 f.

[68] Vgl. *Matthias Herdegen,* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt (München, 79. Lfg. Dezember 2016) Art. 1 GG Rn. 93 f.

[69] Hierfür sieht *Looschelders,* ZVersWiss 104 (2015) 481, 495, zumindest derzeit noch keine Anhaltspunkte. Siehe zum „Verbot eines Untermaßes an staatlichem Schutz" bei der Nutzung von Daten durch Private auch *Hans-Jürgen Papier,* Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025, 3030 f.

durch eine (unions-)grundrechtskonforme Handhabung sowohl des Datenschutzrechts als auch des Privatrechts genügt werden muss.[70]

Entsprechend sind in solchen Szenarien neben der DSGVO nicht zuletzt auch die privatrechtlichen Generalklauseln im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden: Vertragsbestimmungen, die eine die Menschenwürde bedrohende exzessive Datenpreisgabe und Datenkombination vorsehen, muss erforderlichenfalls die Wirksamkeit versagt werden.[71] Während drohenden Verstößen gegen die Menschenwürde zwar auch unabhängig vom Willen des in seiner Würde Verletzten zu begegnen ist,[72] muss hierbei stets auch der autonome Entschluss des Betroffenen in die Abwägung einfließen.[73] Interventionsbedarf besteht daher insbesondere dann, wenn sich die Datenpreisgabe – etwa aufgrund ökonomischer oder sonstiger Zwänge – „nicht in völlig freier und eigenverantwortlicher Selbstbestimmung" vollzieht.[74] Der Gesetzgeber und die Gerichte stehen hier nun vor der Aufgabe, konkrete Grenzen zu definieren, bei deren Überschreitung notfalls auch „Privatheit wider Willen" erzwungen wird, um drohende Würdeverletzungen durch Tracking-Tarife zu verhindern.[75]

---

[70] Vgl. zur „aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende[n] Schutzpflicht" im Privatversicherungsrecht nur BVerfG 17.7.2013 – 1 BvR 3167/08, NJW 2013, 3086. Siehe zu einer überbordenden Schweigepflichtentbindung in den AVB zuletzt BGH 5.7.2017 – IV ZR 121/15, r+s 2017, 462, 464 f. Wie hier auch *Klimke,* r+s 2015, 217, 221; *Rudkowski,* Grundrechte (Fn. 9) 680 ff. Siehe zu den Unionsgrundrechten nur *Hans D. Jarass,* in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU[3] (München 2016) Art. 1 GRCh Rn. 11 und Art. 8 GRCh Rn. 10; *Papier,* NJW 2017, 3025, 3030 f. Siehe allgemein auch *Di Fabio,* Grundrechtsgeltung (Fn. 54) 90 ff.

[71] Vgl. zum Datenschutz bei Versicherungsverträgen allgemein nur BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29. Siehe mit Blick auf § 134 BGB nur Maunz/Dürig/*Herdegen* (Fn. 68) Art. 1 GG Rn. 78 f. Siehe zur Bedeutung grundrechtlicher Wertungen bei der Klauselkontrolle auch MüKo BGB/*Wurmnest* (Fn.47) § 307 BGB Rn. 53. Wie hier *Klimke,* r+s 2015, 217, 221.

[72] Siehe mit Blick auf das Unionsgrundrecht des Art. 1 GRCh nur, in: Jarass/*Jarass* (Fn. 70) Art. 1 GRCh Rn. 10. Siehe im Kontext von Self-Tracking-Tarifen auch *Rudkowski,* Grundrechte (Fn. 9) 682 f.

[73] Maunz/Dürig/*Herdegen* (Fn. 68) Art. 1 GG Rn. 79 sieht daher „nur eine schmale Basis für einen Würdeschutz des Einzelnen vor sich selbst im Sinne eines fürsorglichen Eingriffs in die individuelle Autonomie."

[74] Maunz/Dürig/*Herdegen* (Fn. 68) Art. 1 GG Rn. 79. Dies entspricht auch den Vorgaben des BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29 zum Versicherungsvertragsrecht: „Auf Grund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann der Einzelne die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst bestimmen. Geht der Einzelne eine vertragliche Verpflichtung ein, solche Informationen seinem Vertragspartner mitzuteilen […], so handelt es sich grundsätzlich um eine freiwillige Preisgabe. Kann jedoch ein Vertragspartner kraft seines Gewichts den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen, *so ist es Aufgabe des Rechts, zu verhindern, dass sich die Selbstbestimmung faktisch in eine Fremdbestimmung verkehrt*" (Herv. d. Verf.).

2. *Fazit in drei Thesen*

Zieht man an dieser Stelle Bilanz, so bedürfen Tracking-Tarife fraglos der rechtlichen Einhegung. Wenn manche jedoch das Rad der Zeit zurückdrehen wollen und nach Totalverboten rufen, so erinnert das ein wenig an den hilflosen Versuch der zu Beginn erwähnten norddeutschen Fürsten, die Versicherungsverträge ebenso wie Regenschirme verbieten wollten.[76] Denn die Tür zur Digitalisierung der Versicherungsprodukte ist längst weit aufgestoßen und lässt sich kaum mehr schließen. Die Produkte werden nachgefragt und verzeichnen teilweise ein beachtliches Prämienwachstum.[77] Nun gilt es, dieses Phänomen mit all seinen Chancen und Risiken rechtlich zu erfassen. In diesem Sinne sollen drei Thesen diesen Streifzug durch die Welt der datenadjustierten Versicherungstarife beschließen:

Erstens sind Tracking-Tarife mit den zentralen Grundsätzen des Privatversicherungsrechts vereinbar: Sie ermöglichen eine striktere Beachtung des Äquivalenzprinzips, wonach jeder Versicherte eine seinem individuellen Risikoprofil entsprechende Prämie entrichten soll.

Zweitens geben die versicherungsrechtlichen Normen zur Gefahränderung ebenso wie die Klauselkontrolle der Gestaltung von Tracking-Tarifen einen adäquaten vertragsrechtlichen Rahmen. Sie verhindern unausgewogene sowie intransparente Gestaltungen und zwingen zur Beachtung des Symmetriegebots bei der Erhöhung und bei der Herabsetzung der Versicherungsbeiträge.

Schließlich ist, *drittens,* dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung zu tragen: Insbesondere bei sensiblen (Gesundheits-)Daten muss stets die Freiwilligkeit der Datenpreisgabe gewährleistet sein, und es sind Grenzen für die Kombination von Tracking-Daten aus höchstpersönlichen Lebensbereichen zu definieren.

In summa wird der Datenschutz damit künftig zu einem ganz zentralen Element des Rechtsprodukts „Versicherung". Sind diese Rahmenbedingungen erfüllt, kann man im Versicherungsrecht durchaus mehr Freiheit zur datenadjustierten Tarifierung wagen.

---

[75] Vgl. hierzu *Barbara Sandfuchs,* Privatheit wider Willen? (Tübingen 2015); *Klement,* JZ 2017, 161 ff.

[76] Siehe hierzu erneut oben bei Fn. 1.

[77] Vgl. erneut die Nachweise oben in Fn. 21.

Mehr Freiheit wagen im Familienrecht

Entgeschlechtlichung des Rechts

Jens M. Scherpe

I. Geschlecht im (Familien-)Recht

Das Geschlecht spielt in unseren Rechtsbeziehungen zumindest nominell immer weniger eine Rolle.[1] Gesetzestexte sind im Regelfall geschlechtsneutral gefasst. Ob ein Mann oder eine Frau einen Kaufvertrag abschließt, hat keine Bedeutung mehr. Allerdings ist zu konzedieren, dass trotz der zumindest nominellen Geschlechtsneutralität die Lebensrealität eine andere ist, wie die nach wie vor unterschiedliche Bezahlung von Männern und Frauen (sog. *gender pay gap*)[2] sowie die unterschiedlichen Quoten von Arbeitsmarktbeteiligung[3] und Familienarbeit[4] klar aufzeigen. Der Weg zu einer tatsächlichen Gleichberechtigung und Geschlechtergleichheit ist noch weit.

---

[1] Für einen weiteren Überblick siehe etwa: Recht und Geschlecht, hrsg. von Mechthild Koreuber/Ute Mager (Baden-Baden 2004).

[2] Siehe dazu etwa die Erhebungen der EU Kommission, <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/index_en.htm> (Abruf 26.9.2017).

[3] Siehe dazu die Statistiken von Eurostat, <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics> (Abruf 26.9.2017).

[4] Siehe zu der Rolle von Vätern (und vor allem der Lücke zwischen gewünschter und tatsächlicher Familienrolle) *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend,*

In einigen Rechtsgebieten wird hingegen noch ausdrücklich auf das Geschlecht einer Person abgestellt. Das gilt insbesondere für das Familienrecht. In vielen Rechtsordnungen spielt das Geschlecht für die horizontalen Familienbeziehungen wie Ehe, Lebenspartnerschaften und nichteheliche Lebensgemeinschaften eine große Rolle. Aber auch in vertikalen Familienbeziehungen, also den Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, werden überwiegend Begriffe wie „Mutter" und „Vater" verwendet – und daraus unterschiedliche Rechtsfolgen für die Rechtsbeziehung abgeleitet bzw. angeordnet. Das Geschlecht macht im Familienrecht also oft einen Unterschied. Ziel dieses Beitrages ist es, die Notwendigkeit eines Geschlechtsbezuges in den Rechtsnormen des Familienrechts zu hinterfragen und für ein geschlechtsneutrale(re)s Familienrecht zu werben – und zugleich die Frage zu stellen, inwiefern ein durch den Staat festgelegtes bzw. für den Staat festzulegendes rechtliches Geschlecht im 21. Jahrhundert noch zeitgemäß und erforderlich ist.

II. Null und eins – das rechtliche Geschlecht als binäres Konstrukt

Für Juristen, und damit das Recht, war die Welt bis vor kurzem noch ganz einfach, nämlich binär. Alle Menschen waren entweder Null oder Eins, Mann oder Frau.[5] Alle Menschen wurden bei Geburt nach diesem binären Muster rechtlich kategorisiert und blieben dann bis zum Tod in der ihnen zugeordneten Kategorie. Die binäre rechtliche Geschlechterordnung wird jedoch zusehends hinterfragt, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Erkenntnisse anderer akademischer Disziplinen. Viele Rechtsordnungen haben hierauf zumindest teilweise reagiert, und die binäre rechtliche Geschlechterordnung existiert nicht mehr in derselben statischen Absolutheit wie noch vor 30–40 Jahren sondern erlaubt einen Wechsel des rechtlichen Geschlechts.[6] Einige wenige Rechtsordnungen (einschließlich Deutschlands, dazu unten III.2.) kennen

---

Väterreport 2016 – Vater sein in Deutschland heute (November 2016), abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen> (Abruf 26.9.2017).

[5] Welchem Geschlecht die Null und welchem die Eins zugeordnet wird, sei ausdrücklich dem Leser überlassen!

[6] Schweden war die erste Rechtsordnung, die 1972 mit dem Lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall den Wechsel des rechtlichen Geschlechtes unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichte. Für einen Überblick über die Rechtsentwicklungen in diesem Bereich siehe die Beiträge in: Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht – Entwicklungen in Europa, Amerika und Australien, hrsg. von Jürgen Basedow/Jens M. Scherpe (Tübingen 2004) und in: The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons, hrsg. von Jens M. Scherpe (Cambridge 2015) sowie *ders.,* Changing One's Legal Gender in Europe – The W Case in Comparative Perspective, Hong Kong Law Journal 41 (2011) 109–123.

sogar bereits die Möglichkeit, auf einen rechtlichen Geschlechtseintrag als männlich oder weiblich zu verzichten.[7] Für die Bundesrepublik Deutschland sind in Kürze weitere Änderungen bzw. Reformen zu erwarten, denn der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 10. Oktober 2017 befand die derzeit bestehende binäre rechtliche Geschlechtsordnung für verfassungswidrig und gab dem Gesetzgeber auf, bis zum 31. Dezember 2018 eine Neuregelung zu schaffen.[8] Ähnliches gilt für Österreich nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 15. Juni 2018.[9]

III. Fragen an die binäre rechtliche Geschlechterordnung

Die bestehenden binären rechtlichen Geschlechterordnungen (bzw. die ihr zugrundeliegenden Annahmen) geraten derzeit im Wesentlichen von zwei Seiten unter Druck. Zum einen gilt in einer Vielzahl von Rechtsordnungen schlicht nicht mehr, dass das einer Person bei Geburtsregistrierung rechtlich zugeteilte Geschlecht zwingend bis zum Tode das rechtliche Geschlecht dieser Person bleibt (dazu unten III.1.). Zum anderen wird zusehends die Binarität des rechtlichen Geschlechts als solche in Frage gestellt, also ob eine andere rechtliche Geschlechtszuweisung als „männlich“ oder „weiblich“ möglich sein soll oder muss – und sogar, ob eine Person überhaupt ein rechtliches Geschlecht haben muss (dazu unten III.2.).

1. Das rechtliche Geschlecht ist wandelbar

Zumindest für den Geltungsbereich der Europäischen Menschenrechtskonvention steht fest, dass ein einmal rechtlich verbindlich registriertes Geschlecht wandelbar sein muss. Das ist das Ergebnis einer langen Serie von Beschwerden, beginnend mit *van Oosterwijck ./. Belgien*[10] über, unter anderem, *Rees ./. Vereinigtes Königreich*[11] und *Cossey ./. Vereinigtes Königreich*[12] bis hin zur Grundsatzentscheidung in *Goodwin ./. Vereinigtes Königreich* und *I ./. Vereinigtes Königreich*.[13] In den letzteren beiden Urteilen wurde festgestellt, dass nicht nur ein Recht auf den Wechsel des rechtliche Geschlechts, also auf die Anerkennung der tatsächlichen, dem Geburtseintrag widerspre-

---

[7] Siehe dazu die Beiträge in: The Legal Status of Intersex Persons, hrsg. von Jens M. Scherpe/Anatol Dutta/Tobias Helms (Cambridge 2018, im Erscheinen).

[8] BVerfG 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643.

[9] VfGH 15.6.2018 – G 77/2018-9.

[10] EGMR 6.11.1980 – 7654/76, [1980] ECHR 7.

[11] EGMR 17.10.1986 – 9532/81, [1986] ECHR 11.

[12] EGMR 27.9.1990 – 10843/84, [1990] ECHR 21.

[13] EGMR 11.7.2002 – 28957/95, [2002] ECHR 588 und EGMR 11.7.2002 – 25680/94, [2002] ECHR 592.

chenden Geschlechtsidentität besteht, sondern nach dem Wechsel des rechtlichen Geschlechts die betreffende Person auch grundsätzlich als dem „neuen“ Geschlecht[14] zugehörig angesehen werden muss, einschließlich des Rechts auf Heirat eines Partners des anderen rechtlichen Geschlechts.[15] Die Modalitäten bzw. Voraussetzungen für einen solchen rechtlichen Geschlechtswechsel überließ der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den nationalen Rechtsordnungen, er hat hier aber in Folgeentscheidungen klare Richtlinien vorgegeben, unter anderem hinsichtlich der Widerrechtlichkeit des Erfordernisses von chirurgischen Eingriffen und Sterilisation.[16]

Für die Bundesrepublik Deutschland hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen hierzu ebenfalls (und zeitlich vor dem EGMR) klar Stellung bezogen.[17] In Deutschland hat daher ein Wechsel des rechtlichen Geschlechts inzwischen weder ein Mindestalter[18] noch die deutsche Staatsangehörigkeit[19] zur Voraussetzung, die Auflösung einer bestehenden Ehe[20] ist ebenso wenig erforderlich wie medizinische oder operative Eingriffe.[21] Dies entspricht auch klar der internationalen Entwicklung.[22] Das Recht reagiert damit, wenn auch mit nicht unerheblicher Verspätung, auf die Erkenntnisse anderer Disziplinen wie Medizin und Psychologie zur Natur des Geschlechtes einer Person.[23] Ein Rechtsvergleich zeigt, dass modernere Gesetzeswerke zur Änderung des rechtlichen Geschlechts keine medizinischen oder anderen Voraussetzungen mehr fordern, sondern dass ein Wechsel des rechtlichen Geschlechts durch Erklärung der Person gegenüber den zuständigen Behörden erfolgen kann.

---

[14] Der Begriff „neu“ wird in diesem Zusammenhang häufig verwendet, ist aber ungenau. Denn die betreffende Person hat kein „neues“ Geschlecht, es wird ihr lediglich rechtlich das Geschlecht zugeordnet, dem sie sich zugehörig fühlt.

[15] Zum Wandel der Geschlechtsvoraussetzungen für die Eheschließung siehe unten IV.1.

[16] So etwa in EGMR 10.3.2015 – 14793/08 (*YY ./. Türkei*), [2015] ECHR 257 und EGMR 6.4.2017 – 79885/12, 52471/13, 52596/13 (*A.P., Garçon und Nicot ./. Frankreich*), [2017] ECHR 338.

[17] Beginnend mit der Entscheidung BVerfG 11.10.1978 – 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286. Für einen Überblick über die Entwicklung siehe *Anatol Dutta,* The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Germany, in: Scherpe, The Legal Status (Fn. 6) 207–222.

[18] BVerfG 16.3.1982 – 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123.

[19] BVerfG 18.7.2006 – 1 BvL 1/04, 1 BvL 12/04, BVerfGE 116, 243. Siehe hierzu insbesondere das Gutachten von *Jürgen Basedow/Jens M. Scherpe,* in: Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht (Fn. 6).

[20] BVerfG 27.5.2008 – 1 BvL 10/05, BVerfGE 121, 175.

[21] BVerfG 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109.

[22] Siehe hierzu die Beiträge in Scherpe, The Legal Status (Fn. 17), insbesondere zu Argentinien, den Niederlanden und Dänemark sowie Italien und Taiwan.

[23] Siehe dazu etwa den Beitrag von *Friedemann Pfäfflin,* Transgenderism and Transsexuality: Medical and Psychological Viewpoints, in: Scherpe, The Legal Status (Fn. 16) 11–24, m.w.N.

Über das rechtliche Geschlecht verfügt dann nicht mehr der Staat oder seine Organe, sondern jede Person selbst.[24]

In jedem Fall steht nunmehr fest, dass das rechtliche Geschlecht einer Person nicht statisch, sondern vielmehr wandelbar ist.

2. *Geschlecht ist nicht binär*

Aber die Herausforderungen und Zweifel in Bezug auf das binäre rechtliche Geschlechtersystem erschöpfen sich nicht in der Erkenntnis, dass das rechtliche Geschlecht wandelbar sein muss. Sie gehen weit darüber hinaus und stellen das binäre Geschlechtersystem als solches in Frage. Denn was andere Disziplinen wie Medizin, Soziologie und Psychologie schon lange wissen,[25] ist inzwischen zumindest in einigen Rechtsordnungen auch im Recht angekommen: Geschlecht ist nicht absolut Null oder Eins, es ist nicht binär. Das Geschlecht eines Menschen, und vor allem (aber nicht nur) das soziale Geschlecht, liegt vielmehr auf einer „sliding scale", in einem Spektrum, zwischen den beiden absoluten Polen von „männlich" und „weiblich". Die allermeisten Menschen befinden sich, unabhängig von ihrem körperlichen Erscheinungsbild und ihren Geschlechtsmerkmalen, auf diesem Spektrum irgendwo *zwischen* den Polen, aber eben nicht *auf* dem Pol.

Ob und inwieweit das Recht dem Rechnung tragen kann oder muss, darüber kann man gut geteilter Ansicht sein. In der Bundesrepublik Deutschland und einigen anderen Staaten[26] hat man aber zumindest für die gewöhnlich als „intersexuell" bezeichneten Menschen,[27] also solche, die physisch nicht dem

---

[24] So etwa in Argentinien, Malta, Irland, Dänemark und den Niederlanden. Siehe dazu die Beiträge in: Scherpe, The Legal Status (Fn. 17). Zum (vermeintlichen?) Risiko eines „betrügerischen Geschlechtswechsels" siehe *Jens M. Scherpe/Peter Dunne,* The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons – Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe, The Legal Status (Fn. 6) 615 ff., insbes. 651–655.

[25] Vgl. dazu *Pfäfflin,* Transgenderism and Transsexuality (Fn. 23) sowie *Ieuan Hughes,* The Biology of Fetal Development; *Joe Herbert,* Can Studying the Brain Tell the Legal Profession Anything Useful about Gender Identity (Intersex in the Brain)?; und *Vickie Pasterki,* Gender Identity and Intersex Conditions, alle in: Scherpe/Dutta/Helms, The Legal Status of Intersex Persons (Fn. 7), alle m.w.N.

[26] Wie etwa Nepal, Indien und Australien; siehe dazu die Beiträge in: Scherpe/Dutta/Helms (Fn. 7).

[27] Die Terminologie ist hier sehr problematisch und umstritten. Der Begriff "Intersex" geht auf Richard Goldsmith zurück (*Richard Goldsmith,* Intersexuality and the Endocrine Aspect of Sex, Endrocrinology 1 (1917) 433–456 und wird im Folgenden in dem Sinne verwendet, wie ihn die Organisation Intersex International verwendet, *Organisation Intersex International,* What is intersex?, <http://oiiinternational.com/2533/welcome/> (Abruf 1.10.2017): „The term intersex was adopted by science in the early 20th century and applied to human beings whose biological sex cannot be classified as clearly male or female. An intersex person may have the biological attributes of both sexes or lack some of the biological attributes considered necessary to be defined as one or the other sex. – Intersex

medizinischen „Normbild“ von Mann und Frau entsprechen, eine Möglichkeit geschaffen, rechtlich weder Mann noch Frau sein zu müssen. So lautet der (noch) geltende § 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz: „Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen“.[28] Ob ein solcher „Nicht-Eintrag“ im Sinne der betroffenen Personen ist oder nicht, darüber kann man ebenfalls gut geteilter Ansicht sein;[29] darüber, dass dies bestenfalls ein erster Schritt sein kann, wohl eher nicht.[30] Und spätestens seit dem bereits genannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017 steht fest, dass zumindest für Deutschland hier erheblicher Nachbesserungsbedarf besteht.[31] Gleiches gilt für Österreich nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 15. Juni 2018.[32]

Unabhängig davon, wie man diese jüngsten Rechtsentwicklungen beurteilt und bewertet, ob man sie begrüßt oder ablehnt, ob man den fehlenden Geschlechtseintrag als „drittes Geschlecht“ versteht oder nicht,[33] steht jedoch eines fest: Es gibt nun Menschen, die rechtlich weder Mann noch Frau, weder Null noch Eins sind. Die rechtliche Geschlechterordnung ist damit schon jetzt nicht mehr binär.

---

is always congenital and can originate from genetic, chromosomal or hormonal variations. Environmental influences such as endocrine disruptors can also play a role in some intersex differences. The term is not applicable to situations where individuals deliberately alter their own anatomical characteristics“.

[28] Siehe dazu etwa *Tobias Helms,* Personenstandsrechtliche und familienrechtliche Aspekte der Intersexualität vor dem Hintergrund des neuen § 22 Abs. 3 PStG in: FS Gerd Brudermüller (München 2014) 301 ff.; *ders*., Brauchen wir ein drittes Geschlecht? – Reformbedarf im deutschen (Familien-)Recht nach Einführung des § 22 Abs. 3 PStG (Berlin 2015); *Wolf Sieberichs,* Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180.

[29] Siehe dazu insbesondere den Beitrag von *Morgan Carpenter,* The ‘Normalisation’ of Intersex Bodies and ‘Othering’ of Intersex Identities, in: Scherpe/Dutta/Helms, The Legal Status of Intersex Persons (Fn. 7).

[30] Siehe hierzu die Beiträge in: Scherpe/Dutta/Helms, The Legal Status of Intersex Persons (Fn. 7) sowie z.B. *Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend,* Schutz und Akzeptanz von geschlechtlicher Vielfalt, Positionspapier vom 21.9.2017, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/den-schutz-und-die-akzeptanz-von-geschlechtlicher-vielfalt-staerken-/119682> sowie *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend,* Gutachten Geschlechtervielfalt im Recht: Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt – Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität, Bd. VIII (Berlin 2017), <https://www.bmfsfj.de/blob/114066/7830f689ccdfead8bbc30439a0ba32b9/geschlechtervielfalt-im-recht---band-8-data.pdf> (beide Abruf 1.10.2017).

[31] Oben Fn. 8.

[32] Oben Fn. 9.

[33] Dazu *Carpenter,* ‘Normalisation’ (Fn. 29) und *Helms,* Brauchen wir ein drittes Geschlecht? (Fn. 28).

Durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 10. Oktober 2017 wird diese Rechtslage ausdrücklich bestätigt und sogar ausgedehnt.[34] Denn die bestehende Möglichkeit des „Offenlassens" des Geschlechtseintrags als männlich oder weiblich wurde als mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) unvereinbar angesehen. Der grundgesetzliche Schutz der geschlechtlichen Identität umfasse auch diejenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, und erfordere einen positiven Geschlechtseintrag und nicht nur ein bloßes Unterlassen eines Eintrages, wenn die betreffende Personen nicht als männlich oder weiblich eingetragen sein möchte. Es stehe dem Gesetzgeber aber auch offen, auf einen Geschlechtseintrag generell zu verzichten. Welche der Möglichkeiten zur Beseitigung der derzeitigen, als verfassungswidrig befundenen Rechtslage der Gesetzgeber wählt, stehe ihm aber grundsätzlich frei.[35] Fest steht damit jedenfalls, dass für Deutschland die binäre rechtliche Geschlechterordnung spätestens am 31. Dezember 2018 endgültig beendet sein wird (bzw. sein soll).

Angesichts der Tatsache, dass nahezu alle Rechtsordnungen (wenn auch in unterschiedlichem Maße) in ihren Rechtsnormen – und vor allem im Familienrecht – noch Rechtsfolgen an das Geschlecht einer Person, also die Rechtsstellung als Mann oder Frau, anknüpfen, wirft die Existenz einer neuen, nicht-binären rechtlichen Geschlechterordnung aber eine Vielzahl von Problemen auf, wie etwa bei einer Eheschließung (dazu unten IV.1.) oder bei der Feststellung einer rechtlichen Elternschaft (dazu unten IV.2.). Das bestehende, auf Binarität des Geschlechts fußende Rechtssystem kann in diesen Rechtsbereichen derzeit keine angemessenen Antworten geben und muss deshalb reformiert werden.

IV. Zeit für die Entgeschlechtlichung des Rechts?

Zunächst ist es erforderlich festzustellen, dass die beschriebenen rechtlichen Entwicklungen und die betroffenen Personen keinesfalls instrumentalisiert

---

[34] Oben Fn. 8.

[35] Siehe hierzu insbesondere das vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes veröffentlichte Positionspaper des *Bundesministeriums für Familien, Senioren, Frauen und Jugend* (oben Fn. 30) sowie das vorangegangene Gutachten und die Regelungsvorschläge des *Deutschen Instituts für Menschenrechte* (Nina Althoff, Greta Schabram und Petra Follmar-Otto), Geschlechtervielfalt im Recht – Status Quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt (16.2.2017), abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen> (Abruf 16.7.2018). Siehe dazu auch *Nina Althoff,* Gender Diversity in Law – The German Perspective, in: Scherpe/Dutta/Helms, The Legal Status of Intersex Persons (Fn. 7).

werden sollten. Die Rechtsstellung von Transgendern und Transsexuellen einerseits und Intersexuellen andererseits ist unabhängig von den Überlegungen im Folgenden und bedarf überdies spezifischer und durchaus unterschiedlicher Lösungsansätze. Denn die Problemlagen, Interessen und Rechte von Transgendern und Transsexuellen und diejenigen von Intersexuellen sind unterschiedlich und sollten nicht vermengt werden.[36] Auch sollen die sehr realen und dringend regelungsbedürftigen Lebenssituationen nicht für die hier vorgeschlagene „Entgeschlechtlichung" des Familienrechts vereinnahmt werden. Die Entgeschlechtlichung ist vielmehr unabhängig davon zu überdenken, wie aus dem Folgenden ersichtlich werden sollte. Die Rechtsentwicklungen in den genannten Bereichen können aber zusammen mit anderen gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen ein *weiterer* Anlass sein, das binäre Geschlechtssystem des Rechts, vor allem aber den Geschlechtsbezug in konkreten Normen zu hinterfragen. Denn wie im Folgenden aufgezeigt wird, findet im horizontalen Familienrecht in vielen Rechtsordnungen bereits eine Entwicklung hin zur Entgeschlechtlichung des Rechts statt (dazu unten IV.1.). Im vertikalen Familienrecht haben die Möglichkeiten im Rahmen neuer Reproduktionstechniken und der Leihmutterschaft sowie soziale und politische Entwicklungen – etwa die steigende Zahl von Kindern nichtverheirateter Paare, die Zulassung der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare sowie die beginnende rechtliche Akzeptanz multipler rechtlicher Elternschaften – ebenfalls dazu geführt, dass die klassischen geschlechtsbezogenen Ansätze des Rechts (basierend auf der Annahme, das jedes Kind „eine Mutter und einen Vater" hat) in vielen Fällen nicht mehr zutreffend sind und die Lebensrealitäten von Familien nicht mehr abbilden können (dazu unten IV.2).[37]

1. Entgeschlechtlichung horizontaler Familienbeziehungen

a) Ehe nur als Verbindung von Mann und Frau?

In denjenigen Rechtsordnungen, die die Ehe nach wie vor ausschließlich als Verbindung von Mann und Frau definieren (und ggf. die Lebenspartnerschaft als Verbindung zweier Personen gleichen Geschlechts), kommt es auf das rechtliche Geschlecht in horizontalen Familienbeziehungen noch an. So haben in jüngerer Zeit eine Vielzahl osteuropäischer Länder sogar ihre Verfassungen geändert und die Ehe als Verbindung von Mann und Frau definiert – ausschließlich mit dem Zweck, Gesetzesinitiativen oder Gerichtsverfahren,

[36] Siehe dazu *Peter Dunne,* Towards Trans and Intersex Equality: Conflict or Complementarity?, sowie *Jens M. Scherpe,* Lessons from the legal development regarding the legal status of transsexual and transgender persons, beide in: Scherpe/Dutta/Helms, The Legal Status of Intersex Persons (Fn. 7).

[37] Siehe zu Letzterem auch *Jens M. Scherpe,* Breaking the Existing Paradigms of Parent-Child Relationships, in: International and National Perspectives on Child and Family Law – Essays in Honour of Nigel Lowe (Cambridge 2018) 344–359.

die eine Einführung gleichgeschlechtlicher Ehen zum Ziel haben, entgegenzuwirken.[38] Eine Entgeschlechtlichung horizontaler Familienbeziehungen kommt dort aus politischen Gründen derzeit offensichtlich nicht in Betracht.

Aber auch diese Rechtsordnungen werden sich in Zeiten der globalisierten Arbeitsmärkte und angesichts der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Europa früher oder später konkret fragen lassen müssen, mit wem denn Personen ohne rechtliches Geschlecht bzw. mit einem rechtlichen Geschlecht, das nicht männlich oder weiblich ist, eine Ehe eingehen dürfen.[39] Dass jeder Mensch das Recht hat, eine Ehe einzugehen, kann nicht ernstlich bestritten werden. Zwar spricht die Europäische Menschenrechtskonvention von „Männern und Frauen", die (sofern im heiratsfähigen Alter) das Recht haben, eine Ehe eingehen und eine Familie gründen zu können. Jedoch dürfte die inzwischen generell akzeptierte evolutive Auslegungsmethode[40] zwingend zu dem Schluss führen, dass hiermit letztlich alle Menschen gemeint sind und dass die Vorschrift lediglich die Voraussetzungen und Modalitäten der Eheschließung dem Ermessen der Vertragsstaaten überlassen wollte. Schließlich waren zum Zeitpunkt der Abfassung der Konvention nach dem Zweiten Weltkrieg alle Menschen rechtlich Mann bzw. Frau, und die gewählte Terminologie sollte daher schlicht alle Menschen umfassen.

Die Europäische Grundrechtcharta (GRCh) hingegen ist jüngeren Datums und spricht in Art. 9 vom „Recht eine Ehe einzugehen", und zwar bewusst ohne jeden Bezug auf ein Geschlecht. Vielmehr soll das Recht zur Eingehung einer Ehe nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet werden, welche dieses Recht regeln. Der Wortlaut der Norm ist ein Kompromiss, der zur Umschiffung des „Problems" der gleichgeschlechtlichen Ehe gefunden wurde; deren Regelung wurde dadurch den Mitgliedstaaten überlassen. Insofern kommt es für das Recht auf Ehe zunächst nicht auf das Geschlecht an. Liest man Art. 9 im Zusammenhang mit Art. 21 der Charta, der eine Diskriminie-

---

[38] Etwa Bulgarien (Art. 46), Kroatien (Art. 62(2)), Lettland (Art. 110), Litauen (Art. 28), Polen (Art. 18), Serbien (Art. 62), die Slowakei (Art. 41) und Ungarn (Art. L). Für einen kurzen Überblick über die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften siehe *Jens M. Scherpe,* Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, in: HWBEuP, Bd. I (Tübingen 2009) 768–772, für einen längeren Überblick siehe etwa *Ian Curry-Sumner,* Same-sex Relationships in a European Perspective, in: European Family Law, Bd. III: Family Law in European Perspective, hrsg. von Jens M. Scherpe (Cheltenham 2016) 116–145.

[39] Nicht zuletzt im Licht der Entscheidungen EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 *(Coman),* ECLI:EU:C:2018:385 und EuGH 12.7.2018 – Rs. C-89/17 *(Banger),* ECLI:EU:C:2018:570.

[40] Zu deren Entwicklung und Anwendung auf das Familienrecht siehe etwa *Walter Pintens/Jens M. Scherpe,* Die Marckx-Entscheidung des Europäischen Menschengerichtshofs als Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts: Ein Rück- und Ausblick nach fünfunddreißig Jahren, in: FS Dieter Martiny (Tübingen 2014) 127–146 sowie *dies.*, The Marckx Case: A 'Whole Code of Family Law'?, in: Landmark Cases in Family Law, hrsg. von Stephen Gilmore/Jonathan Herring/Rebecca Probert (Oxford 2011) 155–174.

rung aufgrund des Geschlechts verbietet, so bleibt nur der Schluss, dass es den Mitgliedstaaten zwar freisteht, Geschlechtsvoraussetzungen für eine Ehe einzuführen oder beizubehalten (solange diese gerechtfertigt werden können) – innerhalb dieses Rahmens muss es aber jedem Menschen möglich sein, eine Ehe einzugehen.

Daher wird in den weiterhin binär strukturierten, für die Ehe (und ggf. andere Lebensgemeinschaften) explizit auf das Geschlecht als Mann oder Frau abstellenden Rechtsordnungen früher oder später die Frage beantwortet werden müssen, wen eine Person heiraten kann, die nach ihrem Heimatrecht kein rechtliches Geschlecht hat bzw. rechtlich nicht männlich oder weiblich ist. Konkret: kann die betreffende Person in diesen Rechtsordnungen einen Mann heiraten oder eine Frau? Jedwede Festlegung wäre hier willkürlich und rechtlich ebenso wenig haltbar wie eine (absurde) Beschränkung auf andere Personen, die ebenfalls rechtlich weder Mann noch Frau sind. Folgt daraus etwa, dass die betreffende Person wählen kann, ob sie einen Mann oder eine Frau ehelicht? Das wäre rechtlich wohl zunächst nicht zu beanstanden. Aber wenn Personen ohne rechtliches Geschlecht zwischen Männern und Frauen als Ehepartner wählen können, dann bedarf es eines nicht unerheblichen Rechtfertigungsaufwandes, dass dem Rest der Bevölkerung eine solche Wahl nicht zusteht.[41]

b) Ehe als Verbindung zweier Personen?

In denjenigen Rechtsordnungen, die die Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts erlauben, ist, so könnte man meinen, die Entgeschlechtlichung horizontaler Familienbeziehungen bereits vollzogen. Doch diese Annahme trügt. So wurde z.B. in Dänemark und auch in Deutschland im Zuge der Liberalisierungsbegeisterung ins Gesetz geschrieben, dass nunmehr die Ehe zwischen Personen gleichen und Personen verschiedenen Geschlechts eingegangen werden kann.[42] In England verkündet ein Gesetz, dass nunmehr die Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts rechtmäßig sei.[43] Es finden sich also ganz bewusst konkrete Bezüge auf das Geschlecht der Eheleute. Das mutet nachgerade absurd an, war es doch Sinn und Zweck der Gesetzesreformen, dass es auf das Geschlecht der Eheleute zumindest für die Eheschließung[44] eben nicht mehr ankommen sollte. Insofern hätte es nahegelegen – und ist

[41] Pointiert formuliert: Warum sollte der „Heiratsmarkt“ für Personen der Mehrheit, also diejenigen, die rechtlich dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet sind, kleiner sein dürfen (ja müssen!) als der „Heiratsmarkt“ für Personen der Minderheit, also diejenigen ohne rechtliches Geschlecht? Wäre das nicht eine Diskriminierung der Mehrheit?

[42] § 1 Lov om ægteskabs indgåelse og opløsning und § 1353 Abs. 1 BGB.

[43] Section 1(1) Marriage (Same Sex Couples) Act 2013. Aber immerhin wurde gleichzeitig der Geschlechtsbezug aus den Annullierungsgründen gestrichen, ehemalige Section 11(c) Matrimonial Causes Act 1973.

in der Tat dringend anzuraten – hier geschlechtsneutral zu formulieren und eine Ehe als Verbindung zwischen zwei Personen oder zwei Menschen zu definieren, wie etwa Malta dies jüngst getan hat.[45] Damit entfiele dann auch das Problem der Heiratsfähigkeit von Personen ohne rechtliches Geschlecht, denn diese könnten – wie alle anderen Menschen in der betreffenden Rechtsordnung auch – jede andere Person heiraten, für die kein ausdrückliches Eheverbot besteht. Zumindest nach dem Gesetzeswortlaut können derzeit in Dänemark und Deutschland solche Personen nicht heiraten.[46] Es steht aber zu vermuten und zu hoffen, dass die entsprechenden Normen im konkreten Einzelfall verfassungs-, EMRK- und Grundrechtscharta-gemäß ausgelegt werden und so die Ehe auch für Personen ohne rechtliches Geschlecht offensteht, ohne jegliche Restriktionen hinsichtlich des Geschlechts des Ehepartners.[47] Um hier Rechtsklarheit zu schaffen, und auch um der Gesetzesintention, dass es auf das Geschlecht der Eheleute gerade nicht mehr ankommen soll, Geltung zu verschaffen, wäre es aber sehr wünschenswert, dass die entsprechenden Gesetze tatsächlich entgeschlechtlicht werden, also geschlechtsneutral gefasst werden. Ein Geschlechtsbezug ist hier nicht nur entbehrlich, sondern wiederspricht auch der Intention des Gesetzes.

2. *Entgeschlechtlichung vertikaler Familienbeziehungen*

Hinsichtlich des vertikalen Familienrechts, also der Rechtsbeziehungen von Eltern und Kindern, ist die zentrale Frage, ob die rechtlichen Kategorien von „Mutter“ und „Vater“ noch zeitgemäß sind oder lediglich das Ergebnis eines tradierten Verständnisses von Elternschaft. Tatsächlich befindet sich das Verständnis von Elternschaft in vielerlei Hinsicht im Wandel.

Zunächst ist festzustellen, dass die rechtliche Differenzierung zwischen Müttern und Vätern in der Praxis des Familienrechts vor allem der vermeintlich kindeswohlbedingten Differenzierung zwischen nichtverheirateten Eltern hinsichtlich der Kindessorge dient – denn verheiratete Eltern werden hinsicht-

---

[44] Tatsächlich finden sich aber in einigen Folgebereichen bzw. den Scheidungsvoraussetzungen geschlechtsbezogene Normen (siehe dazu für England und Wales etwa *Jens M. Scherpe/Brian Sloan,* Reformen im Familienrecht von England und Wales in 2013: Gleichgeschlechtliche Ehen, Kindschaftsrecht und Todesvermutung, FamRZ 2013, 1469–1472 und für Deutschland *Dieter Schwab,* Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, FamRZ 2017, 1285–1289, insbes. 1286 f.). Es kann hinterfragt werden, ob diese notwendig oder rechtmäßig sind, in jedem Fall aber könnte hier der Normzweck dieser Vorschriften auch erreicht werden, ohne dass die Ehe an sich geschlechtsbezogene Voraussetzungen haben muss.

[45] Marriage Act and other Laws (Amendment) Act 2017.

[46] Mangels Geschlechtsbezuges in der bereits angesprochenen Section 11 Matrimonial Causes Act 1973 wären hingegen wohl Ehen von Personen ohne rechtliches Geschlecht wirksam, unabhängig davon, welches Geschlecht die andere Person hat.

[47] Ebenso *Schwab,* FamRZ 2017, 1285, 1287.

lich des Erwerbs der elterlichen Sorge unabhängig von ihrem Geschlecht stets gleichbehandelt.[48] Aber erfordert das Kindeswohl bei außerhalb der Ehe geborenen Kindern tatsächlich eine solche grundsätzliche Differenzierung, die Mütter privilegiert und Väter benachteiligt? Die überwiegende Zahl von Rechtsordnungen in Europa ist hiervon längst abgekommen, und auch die Commission on European Family Law (CEFL) befürwortet in ihren Principles eine Gleichbehandlung bei der Zuweisung der elterlichen Sorge.[49]

Wie dem auch sei, die der rechtlichen Geschlechterordnung im vertikalen Familienrecht zugrundeliegende Annahme, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater hat, ist ohnehin nicht mehr zutreffend. Mehr und mehr Kinder wachsen mit elterlichen Bezugspersonen gleichen Geschlechts auf, ohne dass dies durch die Rechtsordnung ausdrücklich geregelt ist und die Beziehungen zu den beiden Erwachsenen rechtlich abgesichert sind bzw. beide auch als Eltern rechtlich anerkannt werden. Aber in einer steigenden Zahl von Rechtsordnungen sind inzwischen neben der Adoption auch die künstliche Befruchtung und zum Teil auch die Leihmutterschaft für alle Paare zulässig, und durch eine Leihmutter (zumeist im Ausland) geborene Kinder können auch einem gleichgeschlechtlichen Elternpaar rechtlich zugeordnet werden.[50] Beide sind dann rechtlich Eltern – aber wer ist „Mutter", wer ist „Vater" – oder gar nur „anderer Elternteil"?[51] Muss diese Frage überhaupt noch gestellt werden – und wenn ja, warum?

Das Problem der in vielen Rechtsordnungen noch zwingenden rechtlichen Zuordnung eines Kindes zu einer Mutter und einem Vater verdeutlicht auch folgendes Beispiel: Ein lesbisches Paar möchte ein „wirklich gemeinsames Kind". Frau 1 spendet eine Eizelle, diese wird mit Spendersamen befruchtet und anschließend trägt Frau 2 das Kind aus und bringt es zur Welt. In den meisten Rechtsordnungen ist Mutter des Kindes diejenige Frau, die es zur

---

[48] Siehe dazu rechtsvergleichend *Jens M. Scherpe,* Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention, RabelsZ 73 (2009) 935–961 sowie *ders.*, Establishing and Ending Parental Responsibility – A Comparative View, in: Responsible Parents and Parental Responsibility, hrsg. von Rebecca Probert/Stephen Gilmore/Jonathan Herring (Oxford 2009) 43–62.

[49] Siehe *Katharina Boele-Woelki et al.,* Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities (Antwerpen 2007), mit zahlreichen rechtsvergleichenden Nachweisen.

[50] Siehe zur „Anerkennung" der Elternschaft bei Leihmutterschaft im Ausland etwa EGMR 26.6.2014 – 65192/11 (*Mennesson ./. Frankreich*), [2014] ECHR 664 sowie EGMR 26.6.2014 – 65941/11 (*Labbassee ./. Frankreich*), [2014] ECHR 668, und BGH 10.12.2014 – XII ZB 463/13, FamRZ 2015, 240 sowie die Beiträge in: Eastern and Western Perspectives on Surrogacy, hrsg. von Jens M. Scherpe/Claire Fenton-Glynn/Terry Kaan (Cambridge 2019, im Erscheinen).

[51] Wie etwa in England und Wales nach dem Human Fertilisation and Embryology Act 2008, Sections 42 ff.

Welt bringt.[52] Aber welche Rechtsstellung soll die Frau 1 haben, die ja (als einzige Frau) mit dem Kind genetisch verwandt ist? Als „Vater" wird sie aufgrund ihres Geschlechts nicht in Betracht kommen, zumal diese Rechtsposition je nach den Umständen schon dem (mehr oder weniger unbeteiligten) Spermaspender zugewiesen sein kann. Dabei ist die „Beteiligung" dieses Mannes am Kind im Grunde identisch mit der von Frau 1, nämlich die Zurverfügungstellung von genetischem Material. Aber warum kann eine genetische Beteiligung hier jemanden zum „Vater" machen, nicht aber Frau 1 zur „Mutter"? Und machen solche Differenzierungen hier überhaupt Sinn? Wäre es nicht sachgerechter, dem Kind ohne Geschlechtsbezug schlicht zwei (oder sogar mehr) Eltern zuzuordnen? Auch aus solchen Gründen erlaubt eine wachsende Zahl von Rechtsordnungen (wie z.B. Kalifornien,[53] British Columbia[54] und Ontario[55]) inzwischen multiple Elternschaften. Kinder können dort also mehr als zwei Eltern haben. Spätestens dann werden die rechtlichen Kategorien von Mutter und Vater wohl obsolet.

Schließlich ist auch die wohl grundlegendste Grundannahme – nämlich dass eine *Frau* das Kind gebiert und so zur Mutter wird – nicht mehr in allen Fällen zutreffend, wie der im September 2017 vom Bundesgerichtshof zu entscheidende Fall vor Augen führt.[56] Hier wurde ein sog. „Frau-zu-Mann-Transsexueller",[57] also ein rechtlicher Mann, der ein Kind geboren hatte, rechtlich zur Mutter des Kindes erklärt und mit dem vor dem rechtlichen Geschlechtswechsel geführten weiblichen Namen in die Geburtsurkunde eingetragen. Begründet wurde dies damit, dass „Kinder ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zuzuweisen seien, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu den biologischen Tatsachen auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird".[58] Es steht zu vermuten, dass der Bundesgerichtshof im Falle eines Elternteils ohne rechtlichen Geschlechtseintrag (bzw. mit einem anderen Eintrag als „weiblich") entsprechend verfahren würde. Aber ist dies – im Sinne aller Beteiligten, aber auch des Staates – angemessen und sachgerecht? Man mag diskutieren, ob Geburtsurkunden „biologische Wahrheiten" ausweisen sollen oder nicht – im Falle von durch Spendersamen/-eizellen/-embryos

---

[52] Die entsprechenden Vorschriften stammen freilich häufig (aber nicht immer, siehe etwa für England und Wales Section 33 Human Fertilisation and Embryology Act 2008) aus einer Zeit, in der ein Auseinanderfallen von genetischer und Geburtsmutterschaft schlicht nicht möglich war.

[53] Section 7612(c) California Family Code, mit Explanatory Notes unter <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB274> (Abruf 16.10.2017).

[54] Section 30 Family Law Act [SBC 2011] Chapter 25.

[55] All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), 2016.

[56] BGH 6.9.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, 3379 mit Pressemitteilung Nr. 148/2017.

[57] So der Wortlaut der Pressemitteilung (Fn. 56).

[58] Ebd.

gezeugten Kindern tun sie dies auch nach derzeitiger Rechtslage ohnehin nicht. Aber wenn z.B. durch Adoption, künstliche Befruchtung und Leihmutterschaft zwei Personen gleichen Geschlechts Eltern werden können, kommt es dann auf das Geschlecht der Eltern wirklich noch an? Oder wäre es nicht an der Zeit (den Willen zur Aufgabe der oben genannten Differenzierungen zwischen nichtehelichen Müttern und Vätern vorausgesetzt), auch das vertikale Familienrecht zu entgeschlechtlichen und nur noch von Eltern und Kindern zu sprechen? So würden nicht nur vermeintliche „Extreme" wie die Geburt eines Kindes durch einen Mann, sondern auch die gleichgeschlechtliche und die multiple Elternschaft generell angemessen regelbar. Malta hat jüngst sein Recht entsprechend angepasst und könnte hier Vorbild sein. Differenzierungen werden im maltesischen Recht seit der letzten Reform nunmehr über die ausgeübte Funktion („Geburtselternteil", „betreuender Elternteil") und nicht über pauschale Annahmen über das Geschlecht vorgenommen.[59] Ähnliches gilt jetzt auch in Ontario.[60] Damit wäre auch im Übrigen viel gewonnen, da durch den Wegfall der rechtlichen Klassifikation als Mutter oder Vater auch dem damit verbundenen tradierten Rollenverständnis zumindest rechtlich der Boden entzogen wäre.

Für sogenannte „Normalfälle" würde eine solche Entgeschlechtlichung des Rechts im Grunde keinerlei Unterschied bedeuten. Denn die bloße Benennung als „Elternteil" an Stelle von „Mutter" und „Vater" in der Geburtsurkunde und in den Gesetzestexten bedeutet keine Änderung der Rechtsposition als solcher. Was die soziale Stellung anbelangt, so steht kaum zu erwarten, dass Kinder ihre Eltern nicht mehr als „Mama und Papa" bezeichnen, nur weil die Geburtsurkunde eine solche geschlechtsbezogene Rechtsstellung nicht mehr zuweist.

V. Fazit: Ohne Geschlecht im (Familien-)Recht

Nach dem Vorstehenden ist festzustellen: Es ginge auch ohne rechtliches Geschlecht im Familienrecht. Ist die gleichgeschlechtliche Ehe rechtlich akzeptiert, gibt es keinen Grund mehr, in den gesetzlichen Vorschriften zum horizontalen Familienrecht einen Bezug auf das Geschlecht der betreffenden Personen aufrechtzuerhalten. Es genügt, dass sie „Person" sind und eine dauerhafte rechtliche Lebensbeziehung mit einer anderen Person eingehen wollen.

Im vertikalen Familienrecht werden die Rechtsbegriffe „Mutter" und „Vater" durch eine Vielzahl medizinischer, rechtlicher und sozialer Entwicklungen in Frage gestellt. Daher wäre es, wie oben dargelegt, auch im vertikalen Familienrecht an der Zeit, Geschlechterkategorien abzuschaffen und auf

[59] Marriage Act and other Laws (Amendment) Act, 2017.
[60] Oben Fn. 55.

eine funktionale Elternstellung abzustellen. So könnten moderne Familienrealitäten, einschließlich (aber nicht ausschließlich) der gleichgeschlechtlichen und der multiplen Elternschaft, rechtlich angemessen abgebildet werden.

Blickt man über das Familienrecht hinaus, so ist generell zu fragen, warum der Staat für sich in Anspruch nimmt, das Geschlecht von Personen zu definieren und zu registrieren. Bislang ist das Geschlecht Statuselement und definiert uns gegenüber dem Staat. Früher wurden auch Statusmerkmale wie „Rasse“ und Religionszugehörigkeit registriert, davon sind wir aber zu Recht abgekommen. Ist es also an der Zeit, auch das Geschlecht als Statuselement aufzugeben? Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017[61] ist zumindest für den deutschen Gesetzgeber ein – zwingender – Anlass, hierüber nachzudenken, zumal das Gericht in seinem Beschluss diesen Schritt ausdrücklich als eine Option genannt hat

Wir leben in einer Zeit, in der das rechtliche Geschlecht wandelbar ist, in einigen Rechtsordnungen sogar durch einfache Erklärung gegenüber den zuständigen Behörden. Vielerorts können daher Personen ihr Geschlecht autonom selbst bestimmen. Wir leben auch in einer Zeit, in der nicht zwingend jeder Mensch ein rechtlich definiertes Geschlecht hat bzw. rechtlich als männlich oder weiblich zu kategorisieren und entsprechend in die Personenstandsregister einzutragen ist. Angesichts dessen: Ist das Geschlecht einer Person als Statuselement tatsächlich noch geeignet oder angemessen? Oder sollte „Geschlecht“ (ebenso wie in der Vergangenheit die früheren Statusmerkmale „Rasse“ und Religionszugehörigkeit) der staatlichen Definitions- und Registrierungsbefugnis entzogen und damit der Autonomie und dem Selbstverständnis, der Selbstbestimmung jeder einzelnen Person unterstellt werden? Sollten wir nicht, im Geiste des Symposiums, für das dieser Beitrag geschrieben wurde, nicht nur im Familienrecht, sondern generell mehr Freiheit wagen und das Recht entgeschlechtlichen?

---

[61] Oben Fn. 8.

Mehr Freiheit wagen im Familienrecht

Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht

Konrad Duden

Ein Blick in diesen Band verrät es: Die akademische Familie von Jürgen Basedow ist wahrlich eine Großfamilie. In dieser Familie bin ich das Nesthäkchen. Die Geschwister stehen schon lange auf eigenen Beinen oder sind kurz vor dem Absprung. Nur ich wohne noch jahrelang in meinem Kinderzimmer und verhindere, dass Herr Basedow in den Genuss der großen Freiheit kommt, die Eltern angeblich erleben, wenn die Kinder aus dem Haus sind. Es passt daher gut, dass sich mein Beitrag mit dem Eltern-Kind-Verhältnis befasst – konkret mit Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht.

I. Einleitung

Lange war die eheliche Familie klares Leitbild der Familienpolitik und des Familienrechts. Immer häufiger weichen jedoch die tatsächlich gelebten Familien von diesem Bild ab. Schon lange betrifft dies Kinder, die außerhalb einer Ehe geboren werden. Ihre Anzahl nimmt seit Jahrzehnten stetig zu.[1]

[1] Vgl. *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend,* Familienreport 2017 – Leistungen, Wirkungen, Trends (Berlin 2017) 12; *Statistisches Bundesamt,* Geburten

Aktuell ergibt sich eine wachsende Vielfalt an Familienformen und Arten der Familiengründung jedoch vor allem unter zwei Aspekten: der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und der Reproduktionsmedizin (insbesondere Samenspende, Eizellspende und Leihmutterschaft).[2] Eizellspende und Leihmutterschaft sind zwar hierzulande verboten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 7 ESchG). Im Ausland sind sie jedoch mitunter zulässig, weshalb dort auch deutsche Paare auf diese Verfahren zurückgreifen und nach ihrer Rückkehr das deutsche Recht mit entsprechenden Sachverhalten konfrontieren.

Für das Abstammungsrecht ist die wachsende Vielfalt der Familienformen eine Herausforderung. Das hiesige Recht reagiert auf sie, indem es sich zunehmend den neuen Familienformen öffnet und sie rechtlich anerkennt. Neuartige Familienformen werden möglich, obwohl sie vom traditionellen Familienbild abweichen. Das Abstammungsrecht gewährt so immer mehr Freiheit in der Familiengründung (dazu unter II.). Ein derart steigendes Maß an Freiheit erfordert jedoch als Gegengewicht auch mehr Verantwortung. Wer die Zeugung eines Kindes anstößt, sollte sich später nicht der Verantwortung entziehen können, indem er darauf verweist, kein genetischer Elternteil zu sein. Bislang kommt dieser Gedanke im geltenden Recht vielfach zu kurz (dazu unter III.).

II. Freiheit im Abstammungsrecht

1. Gleichstellung nichtehelicher Kinder

Die erste große Herausforderung für das Abstammungsrecht war die zunehmende Anzahl von Kindern, die außerhalb einer Ehe geboren werden. Das ursprüngliche BGB war schließlich klar auf eine natürliche Zeugung innerhalb der Ehe ausgerichtet.[3] Der Umgang des Rechts mit nichtehelichen Kindern ist symptomatisch dafür, wie das Recht heute auf gleichgeschlechtliche

---

in Deutschland (Wiesbaden 2012) 18 f.; *Statistisches Bundesamt,* Datenreport 2016 – Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland (Bonn 2016) 51.

[2] Von Bedeutung für das Abstammungsrecht sind nur solche reproduktionsmedizinische Verfahren, bei denen zusätzliche Akteure bei der Familiengründung mitwirken, die als mögliche Eltern in Frage kommen können. Nur derartige Verfahren sollen im Folgenden thematisiert werden. Ohne Auswirkungen auf das Abstammungsrecht sind demgegenüber Verfahren, die lediglich die natürliche Zeugung eines Paares unterstützen (z.B. Hormonbehandlung) oder den Zeugungsakt an sich künstlich vollziehen (z.B. In-vitro-Fertilisation).

[3] Vgl. §§ 1589 ff. BGB-1900; Motive nach Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – Familienrecht, Bd. IV (Berlin 1899) 343 ff.; *Thomas Rauscher,* in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Berlin 2011) Vorbemerkungen zu §§ 1591–1600d Rn. 1 ff.

Elternschaft und Reproduktionsmedizin reagiert: Es öffnet sich diesen Familienformen zwar, geht dabei jedoch sehr langsam und nur schrittweise vor.

Gerade seit den 1980er Jahren nahm im damaligen Bundesgebiet die Zahl nichtehelich geborener Kinder stetig zu, in den neuen Ländern schon seit den 1960er Jahren. Insgesamt war in den neuen Bundesländern der Anteil nichtehelicher Kinder deutlich höher. Im Jahre 1990 betrug der Anteil nichtehelicher Kinder in den alten Ländern ca. 10 %, in den neuen Ländern bereits 35 %.[4] Bei der Wiedervereinigung und somit bei Inkrafttreten des BGB auf dem Gebiet der früheren DDR im Jahre 1990[5] wurde somit in den neuen Ländern schon ungefähr jedes dritte Kind außerhalb einer Ehe geboren.

Das vorrangige Regelungsziel des BGB in seiner Ursprungsfassung war es, zu bestimmen, ob ein Kind ehelich war oder nicht.[6] Dieser Status begründete sehr unterschiedliche Rechtsfolgen. So galt ein nichteheliches Kind als nicht mit seinem Vater verwandt, § 1589 Abs. 2 BGB-1900[7]. Die Abstammung an sich trat hinter der Bestimmung der (Un-)Ehelichkeit in den Hintergrund und wurde mit der leiblichen Herkunft gleichgesetzt.[8] Der Fokus lag auf den Rechtsfolgen der Elternschaft und weniger darauf, die Eltern zu identifizieren.

Obwohl das Grundgesetz bereits seit 1949 eine Gleichstellung nichtehelicher Kinder verlangte, kam es erst im Jahre 1970 zu einer Verbesserung der Stellung nichtehelicher Kinder. Erstmals wurde damals etwa eine volle rechtliche Verwandtschaft zu dem nichtehelichen Vater eingeführt.[9] Geregelt waren eheliche und nichteheliche Abstammung indes weiterhin in unterschiedlichen Vorschriften (§ 1591 bzw. § 1600a BGB-1970). Insgesamt waren nichteheliche Kinder noch immer systematisch schlechter gestellt als eheliche Kinder.[10] Unterschiede bestanden etwa im Sorge- oder Namensrecht.[11] Erst 1998 wurde durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz[12] der Status der Ehelichkeit abgeschafft und die Abstammung ehelicher und nichtehelicher Kinder einem einheitlichen Regelungsregime unterstellt.[13]

---

[4] 2010 lag der Anteil in den alten Ländern bei 27 %, in den neuen bei 61% (bei Erstgeborenen sogar 74 %); *Statistisches Bundesamt,* Geburten in Deutschland (Fn. 1) 19.

[5] Vgl. Art. 230 EGBGB; *Franz Jürgen Säcker,* in: Münchener Kommentar zum BGB[4] (München 2006) Art. 230 EGBGB Rn. 1.

[6] Vgl. Staudinger/*Rauscher* (Fn. 3) Vorbemerkungen zu §§ 1591–1600d Rn. 1 ff.

[7] Eine Jahreszahl hinter der Gesetzesabkürzung bezeichnet den in Bezug genommenen Gesetzesstand.

[8] Vgl. §§ 1591 und 1717 BGB-1900.

[9] Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969, BGBl. 1969 I 1243.

[10] Staudinger/*Rauscher* (Fn. 3) Vorbemerkungen zu §§ 1591–1600d Rn. 11.

[11] BT-Drucks. 13/4899 vom 13.6.1996, S. 30 ff.

[12] Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16.12.1997, BGBl. 1997 I 2942.

[13] Dazu BT-Drucks. 13/4899, S. 29 ff.

2. *Soziale Elternschaft im geltenden Abstammungsrecht*

Während die Öffnung gegenüber nichtehelichen Kindern konzeptionell den Abschied vom Status der Ehelichkeit bedeutete, geht die Öffnung gegenüber gleichgeschlechtlichen Eltern und Reproduktionsmedizin einher mit einer Aufwertung der sozialen gegenüber der leiblichen Elternschaft. Damit gewinnt an Bedeutung, wer als soziale Eltern die tatsächliche Verantwortung für das Kind übernimmt.

Fälle der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und Reproduktionsmedizin zeichnen sich gerade dadurch aus, dass mindestens ein Elternteil zwar sozialer Elternteil ist, nicht aber leiblicher. So ist es etwa der Samenspende immanent, dass nicht der Samenspender, sondern der Partner oder die Partnerin der Gebärenden der zweite Elternteil werden soll. Die Berücksichtigung der sozialen Elternschaft ermöglicht daher ein neues Maß an Freiheit, solche Familien zu gründen. Schon im geltenden Recht kommt der sozialen Elternschaft eine zunehmende Bedeutung zu.

Bei der Reform des Kindschaftsrechts im Jahre 1998, die zur Beseitigung des Status der Ehelichkeit führte, änderte sich das Abstammungsrecht erheblich. Während vorher die Bestimmung der Ehelichkeit im Vordergrund stand, trat nun die Abstammung an sich, also die Identifizierung der rechtlichen Eltern, in den Vordergrund. Die Geburt in der Ehe wandelte sich von der Voraussetzung der ehelichen Abstammung (§ 1591 BGB bis 1998) zur Voraussetzung der Vaterschaft (§ 1592 BGB seit 1998). Mit der Vaterschaftsanerkennung wurde ein Tatbestand zum Erwerb der nichtehelichen Vaterschaft mit Wirkung gegenüber jedermann eingeführt (zunächst § 1600a BGB-1969, seit 1998 § 1592 BGB). Erstmals wurde 1998 auch ein Tatbestand zur Bestimmung der Mutterschaft eingeführt (§ 1591 BGB). Dieser war angesichts des Aufkommens der In-vitro-Fertilisation und damit der Möglichkeit des Austragens fremder Eizellen notwendig geworden.[14] Davor war eine Mutterschaft einer anderen Person als der Gebärenden nicht denkbar gewesen.

Die Tatbestände, welche die rechtliche Mutterschaft und Vaterschaft definieren, orientieren sich grundsätzlich an der leiblichen Herkunft[15] und haben sich seit ihrer Einführung inhaltlich nicht verändert. Mutter ist gemäß § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat. Es entscheidet zwar die Schwangerschaft und nicht die genetische Herkunft. Dennoch ist die leibliche – im Gegensatz zur sozialen – Mutterschaft die alleinige Grundlage der rechtlichen Mutterschaft. Die Mutterschaft der Gebärenden ist auch endgültig. Es besteht keine Möglichkeit der Anfechtung etwa bei einer Eizellspende oder einer Leihmutterschaft.[16] Für Freiheit jenseits der leiblichen Mutterschaft besteht kein Raum.

---

[14] BT-Drucks. 13/4899, S. 51 f.

[15] *Marina Wellenhofer,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2017) Vorb. § 1591 ff. BGB Rn. 24.

Eine gewisse Lockerung besteht dahingehend, dass bei einer Eizellspende die Gebärende die rechtliche Mutter wird, obwohl sie nicht die genetische Mutter ist. Eine lesbische Partnerin der Gebärenden muss das Kind jedoch stets adoptieren, um ebenfalls Elternteil zu werden. Dasselbe gilt für die Wunschmutter bei einer Leihmutterschaft.[17] Bezieht man das Adoptionsrecht in ein weites, funktionales Verständnis des Abstammungsrechts mit ein, so liegt hier eine gewisse Freiheit, da zumindest über den Umweg einer Adoption die Familie auch rechtlich anerkannt wird.

Auch bei der Vaterschaft steht vom Grundgedanken des Gesetzgebers her die leibliche Abstammung im Vordergrund.[18] Doch besteht gegenüber der Mutterschaft rechtlich mehr Spielraum. Das BGB bestimmt die Vaterschaft nämlich indirekt: über die Ehe mit der Mutter (§ 1592 Nr. 1 BGB) bzw. die Vaterschaftsanerkennung (§§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB). Diese Tatbestände sollen auf eine leibliche Vaterschaft schließen lassen.[19] So sei zu vermuten, dass der Ehemann bzw. der Anerkennende der genetische Vater ist.[20] Direkt berücksichtigt wird die genetische Vaterschaft nur bei einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung (§§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB). Auf sie wird dann zurückgegriffen, wenn die Mutter unverheiratet ist und der vermeintliche Vater die Vaterschaft nicht anerkennt.

Die indirekte Bestimmung der Vaterschaft ermöglicht zahlreiche Abweichungen von der genetischen Abstammung. So ist etwa die Vaterschaftsanerkennung unabhängig von der genetischen Abstammung möglich.[21] Auch eine sogenannte genetische Lüge führt zu einer wirksamen rechtlichen Vaterschaft.[22] So kann auch im Rahmen einer Leihmutterschaft der Wunschvater die Vaterschaft problemlos anerkennen, wenn die Leihmutter unverheiratet ist.

Auch bei der Samenspende erkennt das Abstammungsrecht die Freiheit zur Familiengründung jenseits der genetischen Abstammung an. Es gilt das übliche Abstammungsrecht. Der Ehemann bzw. Anerkennende wird rechtlicher Vater, obwohl klar ist, dass das Kind körperlich nicht von ihm stammt.[23]

---

[16] BT-Drucks. 13/4899, S. 82 f.

[17] *Konrad Duden,* Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts (Tübingen 2015) 23; MüKo BGB/*Wellenhofer* (Fn. 15) § 1591 BGB Rn. 17.

[18] Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 52 f.

[19] Wird nach diesen Merkmalen keine Vaterschaft begründet werden, kann gerichtlich die Vaterschaft festgestellt werden, §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB.

[20] Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 52 f.

[21] Vgl. MüKo BGB/*Wellenhofer* (Fn. 15) Vorb. § 1591 ff. BGB Rn. 25.

[22] Eine Ausnahme bildet der neue § 1597a BGB, der eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung zur Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile verhindern soll. Siehe BT-Drucks. 18/12415 vom 17.5.2017, S. 9 f. und 16; dazu *Anne Sanders,* Vater werden wird nun schwer: Das neue „Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft“, FamRZ 2017, 1189–1194, 1189.

[23] MüKo BGB/*Wellenhofer* (Fn. 15) § 1592 BGB Rn. 18 f.

Die soziale Vaterschaft des Ehemanns bzw. Partners der Gebärenden setzt sich durch.

Gerade bei der Samenspende und Leihmutterschaft zeigt sich: Die Tatbestände, die zur rechtlichen Vaterschaft führen (§ 1592 BGB), sollen zwar primär auf die genetische Vaterschaft hinweisen,[24] sind jedoch ebenso ein Indiz für die soziale Vaterschaft.[25] Denn die Ehe mit der Mutter und die Vaterschaftsanerkennung sprechen nicht nur für eine genetische Vaterschaft, sondern vielmehr auch dafür, dass der Mann tatsächlich die Verantwortung für das Kind übernehmen wird. Hier hat die soziale Vaterschaft somit einen wichtigen Rückhalt.

Die soziale Vaterschaft kann selbst im geltenden Vaterschaftsrecht die letztlich ausschlaggebende Grundlage der rechtlichen Vaterschaft sein.[26] Sie kann sogar eine Sperrwirkung entfalten gegenüber der genetischen Vaterschaft. So ist eine Anfechtung des genetischen Vaters ausgeschlossen, wenn das Kind eine sozial-familiäre Beziehung zu dem rechtlichen Vater aufgebaut hat (§ 1600 Abs. 2 BGB).

3. *Internationale und rechtsvergleichende Einflüsse*

Ergänzt wird das materielle deutsche Recht durch internationale Einflüsse, die mehr Freiheit ins hiesige Recht hineintragen. Dies hat einen einfachen Hintergrund: Manche ausländische Rechtsordnungen öffnen sich weiter als das deutsche Recht gegenüber der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und der Reproduktionsmedizin.

In Europa ermöglichen etwa das britische,[27] das niederländische[28] und das österreichische[29] Recht eine gemeinsame Mutterschaft lesbischer Partnerinnen. Die entsprechenden Vorschriften sind denjenigen zum Erwerb der Vaterschaft nachempfunden. Die Partnerin erwirbt die Mutterschaft aufgrund einer Ehe bzw. Lebenspartnerschaft mit der Gebärenden oder durch eine Anerkennung. Trotz der inhaltlichen Öffnung gegenüber einer gleichgeschlechtlichen

---

[24] *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen,* Familienrecht[6] (München 2010) 589.

[25] Vgl. etwa MüKo BGB/*Wellenhofer* (Fn. 15) § 1594 BGB Rn. 2. Sie beschreibt die Vaterschaftsanerkennung als „von der Bereitschaft des Vaters getragen, die Verantwortung für sein Kind zu übernehmen".

[26] Siehe ausführlich *Duden,* Leihmutterschaft (Fn. 17) 56 ff.

[27] Sec. 42 ff. Human Fertilisation and Embryology Act 2008; *Jens M. Scherpe,* Künstliche Fortpflanzung im Recht von England und Wales, in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, hrsg. von Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich et al. (Bielefeld 2015) 295–325, 309 f.

[28] Art. 1:198(1) lit. b und c Burgerlijk Wetboek; *Philipp M. Reuß,* Künstliche Fortpflanzung im niederländischen Recht, in: Dutta/Schwab/Henrich et al., Künstliche Fortpflanzung (Fn. 27) 127–149, 142 ff.

[29] § 144 Abs. 2 ABGB; *Susanne Ferrari,* Künstliche Fortpflanzung im österreichischen Recht, in: Dutta/Schwab/Henrich et al., Künstliche Fortpflanzung (Fn. 27) 181–203, 193.

Elternschaft merkt man mitunter verbleibende Bedenken in der verwendeten Terminologie. So spricht das britische Recht nur von „parent" und nicht „mother",[30] das österreichische vom „anderen Elternteil"[31].

Auch gegenüber der Leihmutterschaft öffnen sich manche Rechtsordnungen. Zulässig ist die Leihmutterschaft in der EU etwa im Vereinigten Königreich[32] und in Griechenland[33]; außerhalb der EU etwa in Kalifornien[34], Russland[35] und Indien[36].[37] In einigen Rechtsordnungen ist die Leihmutterschaft nur heterosexuellen Paaren erlaubt,[38] in anderen auch homosexuellen.[39] Auch hier weicht die rechtliche Elternschaft von der leiblichen ab[40] und es kann zu einer gleichgeschlechtlichen Elternschaft kommen. Wo Leihmutterschaft zulässig ist, wird nicht die Leihmutter die rechtliche Mutter, sondern die Wunschmutter.[41] Bei homosexuellen Paaren werden beide Wunscheltern – meist Wunschväter – die rechtlichen Eltern.[42]

---

[30] Sec. 42 ff. Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

[31] § 144 Abs. 2 ABGB.

[32] Sec. 1 ff. Surrogacy Arrangements Act 1985.

[33] Art. 1458, 1464 griechisches Zivilgesetzbuch, Übersetzung: *Eleftherios J. Kastrissios,* Griechenland, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht (Frankfurt am Main, Stand 1.1.2016) 70 ff.

[34] Vgl. Sec. 7962 California Family Code.

[35] Art. 51 Abs. 4 russ. Familiengesetzbuch. Vgl. *Moritz Lorenz,* Russische Föderation, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht (Frankfurt am Main, Stand 1.1.2017) 40. Übersetzung dort auf S. 55.

[36] Vgl. Supreme Court of India 29.9.2008 – Writ Petition (C) No. 369/2008 (*Baby Manji Yamada ./. Union of India (UOI) and Anr.*), Rn. 9. Klare gesetzliche Regeln existieren in Indien noch immer nicht, auch wenn seit Jahren Gesetzesvorschläge vorliegen. So etwa verschiedene Versionen eines Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill und aktuell der Surrogacy (Regulation) Bill 2016; siehe dazu <http://www.prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2016-4470/>.

[37] Für einen Überblick siehe etwa *Duden,* Leihmutterschaft (Fn. 17) 8 f.; *Tobias Helms,* Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114–119.

[38] So in Russland (vgl. Art. 51 Abs. 4 russ. Familiengesetzbuch; Übersetzungsnachweis siehe Fn. 35).

[39] So in Kalifornien (vgl. Sec. 7960, 7962 California Family Code) und dem Vereinigten Königreich (vgl. Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008).

[40] Wird eine Eizelle der Wunschmutter verwendet, so weicht ihre rechtliche Mutterschaft nur von der biologischen, nicht der genetischen Mutterschaft ab.

[41] Siehe etwa zu Kalifornien: Sec. 7962(f) California Family Code; zu Griechenland: Art. 1464 griechisches ZGB, Übersetzung bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Kastrissios* (Fn. 33) 71 f.; in Großbritannien wird die Leihmutter zunächst die Mutter. Die Wunscheltern werden erst durch eine gerichtliche *parental order* zu den Eltern, Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008; zudem ausführlich *Duden,* Leihmutterschaft (Fn. 17) 74 ff.; *Helms,* StAZ 2013, 114, 116 ff.

[42] Die Vorschriften zur Zulässigkeit der Leihmutterschaft und zum Erwerb der Elternschaft sind etwa in Kalifornien und im Vereinigten Königreich geschlechtsneutral formuliert.

Über das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht können solche weniger restriktiven ausländischen Regeln in Deutschland Wirkung entfalten. So erkannte der BGH im Jahre 2014 eine kalifornische Entscheidung an, die nach einer Leihmutterschaft zwei Männer als Väter feststellte.[43] Kurze Zeit später hat der BGH auch eine südafrikanische Entscheidung anerkannt, die nach einer Samenspende zwei Frauen eine sogenannte Co-Mutterschaft zusprach.[44]

In beiden Fällen hat der BGH einen *ordre public*-Verstoß abgelehnt. Dabei hat er sich umfangreich damit auseinandergesetzt, dass das Kind von einer Leihmutter geboren wurde.[45] Trotz des hiesigen Leihmutterschaftsverbots lehnte er einen *ordre public*-Verstoß vor allem aufgrund von Kindeswohlerwägungen ab.[46] Mit dem zweiten Umstand, dass beide Wunscheltern das gleiche Geschlecht haben, tat sich der BGH deutlich leichter, obwohl im deutschen Recht eine gleichgeschlechtliche Elternschaft nur nach einer Adoption möglich ist.[47] Der BGH stützte sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die davon ausgeht, dass Kinder in einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft ebenso gut aufwachsen können wie in einer heterosexuellen Ehe.[48]

Das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht trägt somit Ergebnisse ins Inland, die hierzulande bisher nicht vorgesehen sind.

4. Weitere Öffnung aufgrund von Reformvorhaben

Auch das materielle deutsche Recht könnte sich der Familienvielfalt bald weiter öffnen. Eine umfassende Reform des Abstammungsrechts liegt in der Luft.

Im September 2016 war das Abstammungsrecht Thema der familienrechtlichen Sektion des 71. Deutschen Juristentages (DJT).[49] Im Juli 2017 hat zudem der Arbeitskreis Abstammungsrecht des Bundesjustizministeriums seinen

---

43 BGH 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, 479.

44 BGH 20.4.2016 – XII ZB 15/15, NJW 2016, 2322. Die Co-Mutterschaft nach südafrikanischem Recht: Sec. 40(1)(a) Children's Act 2005 in Verbindung mit Sec. 13(1) Civil Union Act 2006.

45 BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 32 ff.

46 BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 44 ff.

47 BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 43; BGH 20.4.2016, NJW 2016, 2322, Rn. 50.

48 BVerfG 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847, Rn. 80 ff.

49 Vgl. *Tobias Helms,* Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen – Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, hrsg. von Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten (München 2016) F1–F103; dazu *Bettina Heiderhoff,* Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken, NJW 2016, 2629–2634.

Abschlussbericht vorgelegt.[50] Dieser Arbeitskreis wurde im Februar 2015 vom Bundesjustizministerium eingesetzt mit dem Auftrag, Vorschläge für eine umfassende Reform des Abstammungsrechts zu erarbeiten.[51]

DJT und Arbeitskreis schlagen zahlreiche Anpassungen vor, die das deutsche Recht für moderne Familienformen öffnen würden. So soll lesbischen Paaren – wie in den genannten ausländischen Rechtsordnungen – eine gemeinsame Elternschaft ermöglicht werden: Die Tatbestände zum Erwerb der Vaterschaft sollen auch auf die lesbische Partnerin angewendet werden,[52] eine Mit-Mutterschaft auch hierzulande eingeführt werden.

Für die Leihmutterschaft schlägt der Deutsche Juristentag vor, eine Elternschaft der Wunscheltern nach ausländischem Recht zu akzeptieren, wenn dort legal eine Leihmutterschaft durchgeführt wurde.[53] Damit schließt sich der DJT der Leihmutterschaftsentscheidung des BGH an. Er geht jedoch insofern darüber hinaus, als bei einer ausländischen Leihmutterschaft eine Elternschaft der Wunscheltern auch dann ermöglicht werden soll, wenn dies nach bisherigem Internationalen Privat- und Verfahrensrecht nicht der Fall wäre.[54] Auch unabhängig von der internationalen Dimension soll eine Elternschaft der Wunscheltern erleichtert werden.[55] Der Arbeitskreis ist zurückhaltender. Er schlägt lediglich vor, zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die im Ausland erworbene Elternschaft erhalten bleiben soll.[56] Er wendet sich gegen die bestehende Unsicherheit, bleibt inhaltlich aber vage.

Werden die Vorschläge des DJT und des Arbeitskreises umgesetzt, so gewinnt die soziale Elternschaft und damit die Freiheit im deutschen Recht weiter an Bedeutung: Zum einen durch die leichtere Ermöglichung einer gleichgeschlechtlichen Elternschaft, zum andern durch die Öffnung gegenüber verschiedenen Verfahren der Reproduktionsmedizin.

---

[50] *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht – Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts (Köln 2017).

[51] <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02092015_AK_Abstammung.html>.

[52] Beschlüsse – Thema: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, hrsg. von Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II/2: Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlussfassung (München 2016) P173–P182, P175, Beschlüsse 10–11; *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht (Fn. 50) 96 f., Thesen 50–55.

[53] Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P176, Beschluss 13.

[54] Vgl. dazu *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F55 f.

[55] Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P176, Beschluss 14.

[56] *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht (Fn. 50) 90, These 6.

5. Bedeutung der Freiheit

Grundsätzlich ist die zunehmende Freiheit im geltenden Recht und – aufgrund möglicher Reformen – im womöglich kommenden Recht zu begrüßen. Aufgabe eines modernen Abstammungsrechts sollte es sein, tatsächlich gelebte Familien rechtlich zu fassen – gerade auch in ihrer Vielfalt.[57] Dafür spricht vor allem das Kindeswohl als vorrangiges Regelungsziel des Abstammungsrechts. Das Kindeswohl – verstanden als das Wohl der konkret betroffenen Kinder[58] – fordert vor allem eine sichere rechtliche Zuordnung zu den Eltern als den tatsächlichen Bezugspersonen. Immer wieder betont die psychologische Forschung, wie wichtig es ist, dass Kinder in den ersten Monaten und Jahren stabile Beziehungen zu ihren primären Bezugspersonen aufbauen können.[59]

Eine Stärkung der sozialen Elternschaft fördert dieses Ziel, vor allem in den Fällen der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und Reproduktionsmedizin, bei denen wenigstens teilweise die sozialen nicht die leiblichen Eltern sind. Werden dennoch die sozialen Eltern die rechtlichen Eltern, so sind die Kinder in ihrem Umfeld und hinsichtlich der Kontinuität ihrer primären Bezugspersonen geschützt. Die sozialen Eltern tragen schließlich *per definitionem* die tatsächliche Verantwortung für die Kinder und sind somit ihre primären Bezugspersonen.

Auch sonst spricht die psychologische Forschung für eine Öffnung gegenüber gleichgeschlechtlicher Elternschaft und Reproduktionsmedizin. Über die Jahre hat nämlich nicht nur die gesellschaftliche Akzeptanz dieser Familienformen und Arten der Familiengründung stetig zugenommen. Gleichzeitig hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass diese Familienformen keinen Nachteil für die Kinder bedeuten.[60] Die Kinder entwickeln sich demnach ebenso gut

---

[57] Vgl. etwa die Stellungnahmen von *Coester-Waltjen* und *Helms* in *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht (Fn. 50) 109 ff. und 114 f.

[58] Abstrakte Erwägungen zum Wohl von Kindern im Allgemeinen müssen bei der Bestimmung der Abstammung zurückstehen. Diese Perspektive spielt auf anderer Ebene eine Rolle, etwa bei der Zulässigkeit bestimmter reproduktionsmedizinischer Verfahren. Sofern es jedoch um die abstammungsrechtliche Zuordnung bereits geborener oder gezeugter Kinder geht, steht ihr Wohlergehen und somit eine konkrete Betrachtung im Vordergrund.

[59] Einführend s. etwa *Robert Siegler et al.,* Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter[4] (Berlin, Heidelberg 2016) 397 ff., insb. 407; *Arnold Lohaus/Marc Vierhaus,* Entwicklungspsychologie[3] (Berlin, Heidelberg 2015) 105 ff., insb. 114.

[60] Zu einer umfangreichen Analyse des Forschungsstandes zu gleichgeschlechtlicher Elternschaft siehe das „What We Know"-Projekt der Columbia Law School, abrufbar unter <http://whatweknow.law.columbia.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/>; zu Reproduktionsmedizin allgemein s. etwa die Arbeiten von *Susan Golombok* der University of Cambridge. So etwa *dies. et al.,* Families Created through Surrogacy: Mother–Child Relationships and Child-

wie bei natürlicher Zeugung bzw. in entsprechenden heterosexuellen Beziehungen. Entscheidend für die Entwicklung der Kinder ist nicht die Form der Familie oder die Art ihrer Gründung, sondern wie die Eltern ihre Elternrolle ausleben.

Mit einer Stärkung der sozialen Elternschaft verliert zudem die genetische Elternschaft nicht generell an Bedeutung. Grundsätzlich fallen genetische und soziale Elternschaft zusammen. Eine Stärkung der sozialen Elternschaft schlägt sich im Ergebnis nur dann nieder, wenn verschiedene Personen die verschiedenen Arten der Elternschaft innehaben. Nur in solchen Fällen würde die genetische Elternschaft im Ergebnis an Bedeutung verlieren. Neben den Beispielen der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und Reproduktionsmedizin betrifft dies etwa Fälle, in denen ein Kind bei einem Seitensprung gezeugt wird, dann aber innerhalb der Beziehung aufgezogen werden soll. In diesen Fällen kann sich jedoch bereits im geltenden Recht die soziale Vaterschaft gegenüber der genetischen behaupten: Der genetische Vater kann zwar grundsätzlich die rechtliche Vaterschaft des Partners der Gebärenden anfechten, die sich aufgrund der Ehe oder einer Anerkennung ergibt. Die Anfechtung ist jedoch ausgeschlossen, wenn eine soziale Vaterschaft des rechtlichen Vaters besteht, § 1600 Abs. 1 und 2 BGB.[61]

Die Öffnung des Abstammungsrechts gegenüber sozialer Elternschaft sollte auch nicht als ein Modell von Beliebigkeit angesehen werden. Es soll dadurch nicht jede Art der Familiengründung befürwortet werden. Strafrechtliche Sanktionen oder andere Hindernisse bleiben unberührt.[62] So können etwa gefährliche oder kontroverse reproduktionsmedizinische Verfahren weiterhin verboten werden. Auch die Leihmutterschaft kann weiter in Deutschland verboten bleiben und so deren Durchführung im Inland verhindert werden. Wird dennoch – vor allem im Ausland – ein Kind auf diesem Wege gezeugt, so tritt allerdings im Rahmen des Abstammungsrechts das Ziel der Verhinderung der Leihmutterschaft zurück. Stattdessen gewinnt das Wohl des betroffenen Kindes und damit regelmäßig sein Schutz in der gelebten Familie an Bedeutung.[63]

---

ren's Psychological Adjustment at Age 7, Dev. Psychol. 2011, 1579–1588. Vgl. auch BVerfG 19.2.2013, NJW 2013, 847, Rn. 80 ff.

[61] Kritisch dazu *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F44 ff.; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P175, Beschluss 15; *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht (Fn. 50) 93, Thesen 29 und 30. Erläuternd dazu S. 52 f.

[62] Siehe ergänzend bei Fn. 109.

[63] Ausführlich *Duden,* Leihmutterschaft (Fn. 17) 227 ff.; BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 44 ff.

III. Verantwortung als Gegenpol zur Freiheit

1. Bedeutung der Verantwortung

Auch wenn zunehmende Freiheit in der Familiengründung grundsätzlich zu begrüßen ist, darf sie nicht grenzenlos sein. Insbesondere darf sie nicht auf Kosten der Kinder gehen. Wenn das Recht Freiheit für die Familiengründung schafft, so muss es auch entsprechende Verantwortung einfordern.[64] Es muss verhindern, dass die Kinder nur einen oder sogar keinen Elternteil haben, weil es sich die potentiellen Eltern anders überlegen. Sonst entschwinden nicht nur tatsächliche Bezugspersonen aus dem Leben des Kindes – eine Gefahr, die jeder Trennung der Eltern innewohnt. Darüber hinaus fällt rechtlicher Schutz des Kindes weg, etwa im Unterhalts- oder Erbrecht. Wenn niemand freiwillig die Elternrolle einnehmen will, muss somit sichergestellt werden, dass das Kind dennoch zwei Elternteile erhält; sei es, weil die Eltern gesetzlich feststehen, sei es, weil sie gerichtlich festgestellt werden können.[65]

Die Frage nach der Verantwortung stellt sich auch dann, wenn heterosexuelle Paare auf natürliche Weise ein Kind zeugen. Dort ist sie jedoch leicht geklärt. Die Verantwortung für das Kind ist gesetzlich gewährleistet und fußt auf der leiblichen Elternschaft.

So ist die Gebärende gemäß § 1591 BGB unanfechtbar die rechtliche Mutter. Wegen der In-vitro-Fertilisation und damit der Möglichkeit, eine fremde Eizelle auszutragen, war hier eine Entscheidung zwischen zwei Teilen der leiblichen Mutterschaft vonnöten. Ausschlaggebend für die Verantwortung ist nicht die genetische Mutterschaft, sondern die biologische, also Schwangerschaft und Geburt.

Eine entsprechende Differenzierung ist bei der Vaterschaft nicht notwendig. Hier trägt der genetische Vater als alleiniger leiblicher Vater die Verantwortung: Ist die Gebärende verheiratet, wird ihr Ehemann der Vater. Wegen seiner genetischen Vaterschaft ist eine Anfechtung ausgeschlossen. Ist die Mutter unverheiratet, kann der genetische Vater zwar die Anerkennung ver-

---

[64] Vgl. *Ingeborg Schwenzer,* Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 71 (2007) 705–728, 711 f.; *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F13.

[65] Die Frage der Verantwortung in diesem Sinne stellt sich nur, wenn niemand freiwillig die Elternrolle annehmen will. Die Verantwortung betrifft die Frage, ob dann trotzdem – auch gegen den aktuellen Willen der Betroffenen – eine Elternschaft aufgrund Gesetzes besteht oder durch gerichtliche Feststellung begründet werden kann. Davon unabhängig ist die Frage, ob eine andere Person vorrangig die Elternschaft freiwillig erwerben kann, ob also etwa ein neuer Partner der Gebärenden nach einer Samenspende die Vaterschaft wirksam anerkennen kann. Diese Möglichkeit wäre durchaus mit einer grundsätzlichen Verantwortung des ursprünglichen Partners vereinbar – auf sie kommt es jedoch wegen der Anerkennung dann nicht an. In diesen Fällen wäre die freiwillige Anerkennung des neuen Partners sogar gegenüber einer erzwungenen Vaterschaft des ehemaligen Partners vorzugswürdig; vgl. insoweit *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F18.

weigern. Er kann dann jedoch gerichtlich als Vater festgestellt werden, § 1600d BGB. Die Verantwortung ist somit gesichert.

Bei gleichgeschlechtlichen Eltern und bei Reproduktionsmedizin ist die Situation schwieriger – schon hinsichtlich der angemessenen Verteilung der Verantwortung. In diesen Fällen ist von Anfang an eine Abweichung der rechtlichen von der genetischen Elternschaft beabsichtigt bzw. liegt in der Natur der Sache. Dies sollte bei der Verantwortung für das Kind berücksichtigt werden. Es sollten die Personen Verantwortung tragen, die die Zeugung veranlasst haben, etwa indem sie selbst das reproduktionsmedizinische Verfahren genutzt oder in Auftrag gegeben oder indem sie in die Nutzung durch den Partner bzw. die Partnerin eingewilligt haben.[66]

Hat etwa bei einer Samenspende der Partner der Gebärenden in die Nutzung der Samenspende eingewilligt, so sollte er die Verantwortung für das Kind tragen und sich nicht darauf zurückziehen können, gar nicht genetischer Vater zu sein. Es wäre demgegenüber unangemessen, wenn stattdessen der Samenspender als Vater festgestellt werden könnte und die Verantwortung für das Kind tragen müsste. Es war schließlich nie beabsichtigt, dass er Vater des Kindes werden soll.

Nicht die leibliche Elternschaft, sondern die Veranlassung der Zeugung wird in diesen Fällen zur Grundlage der Verantwortung für das Kind. Ein Rückgriff auf bisherige Regeln zur Verantwortung leiblicher Eltern scheidet damit aus. Wenn man Elternschaft jenseits leiblicher Herkunft zulässt, muss man auch Verantwortung jenseits leiblicher Herkunft begründen. Eine angemessene Verantwortungsverteilung bedarf eigener Regeln. Im geltenden Recht bestehen insoweit noch erhebliche Lücken.

2. *Verantwortungsdefizite im geltenden Recht*

Bei der Samenspende lässt sich die Verantwortung auf zwei Fragen konkretisieren. Kann der Partner der Gebärenden – erstens – den Erwerb der Vaterschaft verhindern, obwohl er anfangs in die Samenspende eingewilligt hat? Und kann er – zweitens – eine Vaterschaft anfechten mit Verweis auf seine fehlende genetische Vaterschaft?

Nur bei der Frage der Anfechtung ist inzwischen die Verantwortung gesichert. Laut § 1600 Abs. 4 BGB ist bei einer einvernehmlichen Samenspende die Anfechtung ausgeschlossen. Der Ausschluss erfasst sowohl die Vaterschaft des Ehemanns als auch desjenigen, der die Vaterschaft anerkennt.[67] Bei Erlass der Vorschrift wurde ausdrücklich auf die Verantwortung der Eltern

---

[66] Ebenso *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht (Fn. 50) 57 f.; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) Beschluss 1, P173. Dazu *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F13 ff.

[67] BT-Drucks. 14/2096 vom 11.11.1999, S. 7.

verwiesen.[68] Davor konnte der Partner der Gebärenden trotz einer Einwilligung in die Samenspende seine Vaterschaft anfechten.[69] Wiederholt war dies beklagt worden.[70]

Dennoch wurde der Anfechtungsausschluss erst spät – im Jahre 2002 – eingeführt. Samenspenden wurden zu diesem Zeitpunkt bereits länger praktiziert und beschäftigten entsprechend lang Literatur und Rechtsprechung.[71] Schon 1986 befasste sich etwa Coester-Waltjen in ihrem Gutachten für den 56. Deutschen Juristentag umfassend mit der Samenspende.[72] Sogar in der gesetzgeberischen Begründung des Anfechtungsausschlusses wurde ausdrücklich anerkannt, dass Kinder vorhanden seien, die auf diesem Wege gezeugt wurden und die in rechtlicher und sozialer Hinsicht des Schutzes bedürften.[73]

Im Gegensatz zur Frage der Anfechtung bestehen bei der Begründung der Vaterschaft noch immer Lücken. Ist die Gebärende unverheiratet, so muss ihr Partner die Vaterschaft anerkennen, § 1592 Nr. 2 BGB. Will er nicht mehr der Vater werden, kann er die Anerkennung verweigern. Mangels genetischer Vaterschaft ist ausgeschlossen, ihn als Vater festzustellen.[74] Die Vaterschaft des Partners hängt mithin von seiner Bereitschaft ab, die Vaterschaft anzuerkennen.[75] Er kann sich der Verantwortung entziehen. Kommt es zu einem

---

[68] BT-Drucks. 14/2096, S. 7.

[69] BGH 7.4.1983 – IX ZR 24/82, NJW 1983, 2073, 2073 f; *Erwin Deutsch,* Des Menschen Vater und Mutter – Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, 1971–1975, 1974; BT-Drucks. 14/2096, S. 6.

[70] Siehe etwa *Deutsch,* NJW 1986, 1971, 1974; *Dieter Giesen,* Anm. zu BGH 7.4.1983 – IX ZR 24/82, JZ 1983, 552–554, 553; *Dagmar Coester-Waltjen,* Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen – 2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme – Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des sechsundfünfzigsten Deutschen Juristentages, hrsg. von Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten (Berlin 1986) B1–B127, B49. Zu der Diskussion: Staudinger/*Rauscher* (Fn. 3) § 1600 Rn. 55 ff.

[71] Aus der Rechtsprechung etwa BGH 7.4.1983 – IX ZR 24/82, NJW 1983, 2073; OLG Düsseldorf 22.7.1987 – 3 U 62/86, FamRZ 1988, 762; OLG Düsseldorf 29.4.1986 – 6 UF 182/85, FamRZ 1987, 166; LSG Rheinland-Pfalz 20.12.1984 – L 5 K 22/84, MedR 1987, 130. Aus der Literatur etwa *Deutsch,* NJW 1986, 1971, 1973; *Reinhard Zimmermann,* Die heterologe künstliche Insemination und das geltende Zivilrecht, FamRZ 1981, 929–935.

[72] *Coester-Waltjen,* Künstliche Befruchtung (Fn. 70) B45 ff. und B73 ff.

[73] BT-Drucks. 14/2096, S. 7.

[74] Staudinger/*Rauscher* (Fn. 3) Anh. § 1592 BGB Rn. 13a.

[75] *Helms* sehr eindrücklich: „Selbst wenn [der Partner der Gebärenden] vor Aufnahme der Kinderwunschbehandlung die Abgabe einer Vaterschaftsanerkennung ‚hoch und heilig' versprochen hat, kann er nach erfolgreicher Befruchtung nicht dazu gezwungen werden": *ders.,* Gutachten (Fn. 49) F13; *ders.,* Familienrechtliche Aspekte des Samenspenderregistergesetzes, FamRZ 2017, 1537–1542, 1541; s. auch *Gernhuber/Coester-Waltjen,* Familienrecht (Fn. 24) 641; kritisch ebenfalls BGH 23.9.2015 – XII ZR 99/14, FamRZ 2015, 2134 Rn. 21.

Streit mit der Gebärenden, hat sie keine Handhabe, selbst wenn der Partner von Anfang an die künstliche Befruchtung mit betrieben hat.[76]

Auch ein Rückgriff auf den Samenspender ist seit Mitte 2018 ausgeschlossen (§ 1600d Abs. 4 BGB n.F.).[77] Weder der soziale noch der genetische Vater können nunmehr zur Verantwortung gezogen werden.[78] Das Recht lässt somit eine Vaterlosigkeit des Kindes zu. Auch wenn es überzeugt, die Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders auszuschließen, wäre es sinnvoll gewesen, gleichzeitig eine verbindliche Vaterschaft des Partners der Gebärenden einzuführen, wenn dieser der Befruchtung zugestimmt hat.[79] Auch der Arbeitskreis Abstammungsrecht und der Deutsche Juristentag fordern eine derartige Regelung.[80]

Ähnlich ist die Situation, wenn ein lesbisches Paar eine Samenspende nutzt. Dann hat das Kind zunächst nur eine Mutter: die Gebärende. Da kein männlicher Partner vorhanden ist, besteht keine rechtliche Vaterschaft. Einen zweiten Elternteil erhält das Kind erst mit der Partnerin der Gebärenden. Ist die Gebärende mit ihrer Partnerin verheiratet oder verpartnert, so kann und muss die Partnerin dafür das Kind adoptieren, § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB bzw. § 9 Abs. 7 Satz 1 LPartG. Kommt es zwischen den beiden Frauen zu Differenzen, so kann die Partnerin die Adoption verweigern und sich der Verantwortung entziehen.[81] Das Kind hat dann die Gebärende als einzigen Elternteil. Wie bereits dargestellt, kann dann auch eine Vaterschaft des Samenspenders nicht mehr festgestellt werden, § 1600d Abs. 4 BGB n.F. Auch hier nimmt das Recht in Kauf, dass das Kind nur einen rechtlichen Elternteil hat.

Ist das Paar weder verheiratet noch verpartnert, ist die Situation noch schwieriger. Dann wäre nur eine verdrängende Adoption durch die Partnerin

---

[76] In der Einwilligung des Partners der Gebärenden in die Samenspende wird jedoch regelmäßig ein Vertrag zur Übernahme von Unterhaltszahlungen für das Kind gesehen: BGH 23.9.2015, FamRZ 2015, 2134; vgl. bereits BGH 3.5.1995 – XII ZR 29/94, FamRZ 1995, 861. Erbrechtliche Absprachen anzunehmen, dürfte demgegenüber ausgeschlossen sein: *Marina Wellenhofer,* Anm. zu BGH 23.9.2015 – XII ZR 99/14, FamRZ 2015, 2137–2138, 2137.

[77] In Kraft ab 1.7.2018. Vgl. Art. 2 und 4 Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017, BGBl 2017 I 2513; dazu *Martin Löhnig,* Ehe für alle – Abstammung für alle?, NZFam 2017, 643–644, 643. Siehe dazu *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F14 f.

[78] In der Praxis scheiterte bisher ein Zugriff auf den Samenspender meist auch daran, dass die Identität des Samenspenders nicht bekannt war. Vgl. *Helms,* FamRZ 2017, 1537, 1541.

[79] Die Verantwortung sollte einer vorrangigen Berücksichtigung einer Anerkennung durch einen neuen Partner der Gebärenden nicht im Wege stehen. Vgl. Fn. 65.

[80] *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht (Fn. 50) 94, These 41, erläuternd dazu ebd. S. 61; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) Beschluss 1, P173. Dazu *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F13 ff.

[81] *Helms,* FamRZ 2017, 1537, 1541.

der Gebärenden möglich.[82] Dadurch würde die Gebärende ihre Mutterschaft verlieren, vgl. §§ 1754 f. BGB. Das Kind hat in diesen Fällen daher regelmäßig nur einen rechtlichen Elternteil. Damit ist sogar eine freiwillige gemeinsame Elternschaft ausgeschlossen, ganz zu schweigen von der Gewährleistung einer angemessenen Verantwortung.

Zum Schutz des Kindes ist auch bei lesbischen Paaren eine Regelung notwendig, die eine Verantwortung der Partnerin der Gebärenden begründet, die in die Befruchtung einwilligt.[83] Entsprechendes schlagen auch der Deutsche Juristentag und der Arbeitskreis Abstammungsrecht vor.[84]

Auch bei der Leihmutterschaft stellt sich die Frage der Verantwortung. Sie ist dort jedoch besonders problematisch. Das deutsche Abstammungsrecht ignoriert die Leihmutterschaftsvereinbarung. Die Leihmutter ist als Gebärende unumstößlich die rechtliche Mutter. Ist sie verheiratet, so ist ihr Ehemann der Vater. Hat er in die Leihmutterschaft eingewilligt, so kann er seine Vaterschaft nicht anfechten.[85] In diesem Fall wird das Kind somit rechtlichen Eltern zuverlässig zugeordnet. Eine Verantwortung für das Kind ist zwar in dem Sinne gewährleistet, dass dem Kind zwei Personen als Eltern zugeordnet werden können. Allerdings trifft hier die Verantwortung nicht die Wunscheltern, sondern die Leihmutter mit ihrem Ehemann. Die Wunscheltern können – wenn überhaupt – nur dann Eltern werden, wenn sie sich aktiv darum bemühen.

Ist die Leihmutter unverheiratet, so teilt sie die Verantwortung mit dem Wunschvater, falls er der genetische Vater ist.[86] In diesem Fall kann seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden.[87] Die Wunschmutter müsste auch hier das Kind adoptieren.

Je nach Ehestand der Leihmutter tragen im deutschen Recht die Wunscheltern somit keine oder nur teilweise die Verantwortung für das Kind.

---

[82] Vgl. *Bettina Heiderhoff,* in: jurisPK-BGB (Stand 15.10.2016) § 1741 BGB Rn. 27 ff.

[83] Auch hier sollte diese Verantwortung einer vorrangigen Berücksichtigung einer Anerkennung durch einen neue Partnerin der Gebärenden nicht im Wege stehen, sofern man grundsätzlich die Möglichkeit einer solchen Mutterschaftsanerkennung eröffnet; vgl. Fn. 65 und 79.

[84] *Arbeitskreis Abstammungsrecht,* Abschlussbericht (Fn. 50) 96, These 51. Erläuternd dazu S. 70; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P175.

[85] *Duden,* Leihmutterschaft (Fn. 17) 25 f.; *Alexander Diel,* Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus (Frankfurt am Main 2014) 93 f.; a.A. etwa *Normann Witzleb,* „Vater werden ist nicht schwer"? – Begründung der inländischen Vaterschaft für Kinder aus ausländischer Leihmutterschaft, in: FS Martiny (Tübingen 2014) 203–240, 212 f.

[86] Ist der Wunschvater nicht der genetische Vater, können demgegenüber dieselben Probleme auftreten wie bei einer Samenspende, s. oben S. 102 f.

[87] Der Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung eines Samenspenders gemäß § 1600d Abs. 4 BGB n.F. ist schon deshalb nicht einschlägig, weil der Samen hier nicht von einer Samenbank i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Samenregistergesetz zur Verfügung gestellt wird. Vgl. *Helms,* FamRZ 2017, 1537, 1540 f.

Die Wunschmutter muss das Kind immer adoptieren. Der Wunschvater muss es adoptieren, wenn die Leihmutter verheiratet ist.[88] Wollen die Wunscheltern doch keine Eltern werden, etwa weil das Kind behindert ist, so steht ihnen diese Option vielfach offen.[89]

Bei der Leihmutterschaft besteht im deutschen Recht zwar eine Verantwortung für das Kind, sie trifft allerdings mit der Leihmutter und ihrem Ehemann die Falschen. Bei Vereinbarung der Leihmutterschaft war vorgesehen, dass nicht sie, sondern die Wunscheltern das Kind aufziehen sollten. Die Wunscheltern sind diejenigen, die die Zeugung des Kindes betrieben und anfangs bekundet haben, für das Kind die Verantwortung tragen zu wollen. Das Gesetz teilt die Verantwortung entgegen dieser Absprache zu.

Bei internationalen Fällen der Leihmutterschaft können sich die Verantwortungsdefizite verschärfen. In Ländern, die Leihmutterschaft erlauben, sind regelmäßig die Wunscheltern als Eltern bestimmt.[90] Im deutschen Recht sind es die Leihmutter und gegebenenfalls ihr Ehemann. Dieser Widerspruch zwischen den Rechtsordnungen kann schlimmstenfalls dazu führen, dass in der Praxis niemand zur Verantwortung gezogen werden kann, weil die betreffenden Regelungen die Verantwortung den Personen zuweisen, die nicht vor Ort und somit nicht greifbar sind.[91] Sind die Wunscheltern beispielsweise mit dem Kind nach Deutschland zurückgekehrt und hat das Kind nunmehr dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt, so ist gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB das deutsche Recht anwendbar.[92] Damit sind die Leihmutter und gegebenenfalls ihr Ehemann die rechtlichen Eltern.[93] Wenden sich die Wunscheltern von dem Kind ab, dürfte es sehr schwierig sein, die Verantwortung einer im Ausland lebenden Leihmutter einzufordern, zumal sie nach dem Recht ihres Heimatlandes nicht die Mutter ist.

---

[88] Eine Adoption durch den Wunschvater ist trotz Ehe der Leihmutter ausnahmsweise nicht notwendig, wenn der Wunschvater der genetische Vater ist und der Ehemann der Leihmutter der Befruchtung nicht zugestimmt hat. Dann wäre eine Anfechtung der Vaterschaft des Ehemanns der Leihmutter möglich (§ 1600 BGB), gefolgt von einer Anerkennung durch den Wunschvater (§ 1592 Nr. 2 BGB).

[89] Mit der Leihmutterschaftsvereinbarung dürften die Wunscheltern sich jedoch zumindest konkludent zu der Unterhaltszahlung an das Kind verpflichten; *Helms,* Gutachten (Fn. 49) F54 m.w.N. Siehe entsprechend zur Samenspende Fn. 76.

[90] Zum dortigen Abstammungsrecht s. Fn. 41.

[91] Vgl. den Sachverhalt, der der Entscheidung VG Berlin 26.11.2009 – Az. 11 L 396.09 zugrunde liegt; dazu *Duden,* Leihmutterschaft (Fn. 17) 1 f.

[92] Liegt eine ausländische Entscheidung zur Elternschaft vor, so ist deren Anerkennung gemäß §§ 108 f. FamFG vorrangig gegenüber der Abstammungsbestimmung anhand des anwendbaren Rechts.

[93] Handelt es sich bei den Wunscheltern um Deutsche, so kann ihre Elternschaft auch nicht über Art. 19 Abs. 1 Satz 2 oder 3 EGBGB begründet werden; *Duden,* Leihmutterschaft (Fn. 17) 88 und 95.

3. *Ursachen fehlender Verantwortung*

In den Lücken der Verantwortlichkeit bei der Reproduktionsmedizin und der gleichgeschlechtlichen Elternschaft spiegelt sich der allgemeine Unwille, in diesen Bereichen gesetzgeberisch tätig zu werden. Umfassende Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin und gleichgeschlechtlichen Elternschaft scheitert wohl primär an der gesellschaftlich hochkontroversen Natur der Materie und an Bedenken, dass gleichgeschlechtliche Elternschaft und Reproduktionsmedizin bei der Entwicklung des Kindes Schäden verursachen könnten – eine Befürchtung, die inzwischen durch psychologische Forschung zu einem großen Teil entkräftet wurde.[94]

Umfassende Reformen in diesen Bereichen wären daher manchen zu liberal, manchen nicht liberal genug. Soweit Reformen erfolgten, stellen sie eher ein Stückwerk dar.

Eine gleichgeschlechtliche Elternschaft wurde nur schrittweise ermöglicht und nur über das Adoptionsrecht: Nachdem anfangs eine gemeinsame Elternschaft – auch über eine Adoption – gänzlich ausgeschlossen war, erfolgte die Öffnung über die Stiefkindadoption,[95] die Sukzessivadoption[96] und schließlich die gemeinsame Adoption im Rahmen der Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts.[97] Im Abstammungsrecht ist demgegenüber eine gleichgeschlechtliche Elternschaft weiterhin ausgeschlossen. Der Reformprozess scheint indes noch nicht abgeschlossen zu sein.

Dieses zögerliche Vorgehen findet sich auch bezüglich der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im Allgemeinen. Dort war die Gesetzgebung nach dem Erlass des LPartG geprägt von punktuellen Einzelreformen. Meist wurden dabei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt.[98] Über die Anpassungen, die zur Umsetzung der jeweiligen Entscheidung notwendig waren, wurde dabei meist nicht hinausgegangen. Schrittweise vollzog sich somit auch hier die Entwicklung, bis hin zu ihrem zumindest vorläufigen Ende:[99] der Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts.[100]

---

[94] Siehe Fn. 60.

[95] BGBl. 2004 I 3396.

[96] BGBl. 2014 I 786 zur Umsetzung der Entscheidung BVerfG 19.2.2013, NJW 2013, 847.

[97] BGBl. 2017 I 2787; gleichgeschlechtliche Ehepartner fallen seitdem unter § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB.

[98] *Michael Coester,* in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Berlin 2010) Einl. LPartG Rn. 30 ff.; *Dieter Hahn,* in: BeckOK BGB (München, Stand 15.6.2017) § 1 LPartG Rn. 2 ff.

[99] Im Gesetzgebungsverfahren wurden verfassungsrechtliche Bedenken an der Öffnung der Ehe geäußert. Bisher ist jedoch nicht absehbar, dass diese in ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht münden werden.

[100] BGBl. 2017 I 2787 ff.

Hinsichtlich der Reproduktionsmedizin ist die Gesetzeslage insgesamt unbefriedigend. Seit langem wird in Deutschland eine umfassende Regelung der Reproduktionsmedizin gefordert,[101] wie sie etwa im Vereinigten Königreich seit 1990 und in Österreich seit 1992 existiert.[102] In Deutschland ist das Gebiet nur sehr vereinzelt geregelt. Das Embryonenschutzgesetz (ESchG) enthält strafrechtliche Verbote vereinzelter Verfahren der Reproduktionsmedizin – von Eizellspenden und Leihmutterschaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 7 ESchG) bis hin zu Klonen, Chimären- und Hybridbildung (§§ 6 f. ESchG). Andere Nebengesetze, wie das Adoptionsvermittlungsgesetz (AdoptVermiG), enthalten flankierende Einzelregelungen.[103] Umfassende Regelungen zu der Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Verfahren finden sich allerdings nicht. Es bleiben erhebliche Lücken und Zweifel. Von praktischer Bedeutung ist etwa die Unklarheit bei der Zulässigkeit der Samenspende. Das Gesetz sieht keine Vorgaben zum Familienstand der zu befruchtenden Frau vor. Die Bundesärztekammer ergänzt die gesetzlichen Vorgaben seit Jahren durch berufsrechtliche Richtlinien, die deutlich restriktiver sind und die Samenspende lange grundsätzlich auf Ehepaare beschränkten.[104] Angesichts der – auch grundrechtlichen – Bedeutung der Familiengründung erscheinen derartige Einschränkungen durch nicht demokratisch legitimierte Stellen sehr fragwürdig.[105]

Neben der Zulässigkeit sind auch die abstammungsrechtlichen Folgen der Reproduktionsmedizin nicht besonders geregelt.[106] Sie ergeben sich grundsätzlich aus dem regulären Abstammungsrecht. Nur vereinzelte spezifische Regelungen wurden dabei ergänzt, oft erst nachdem die entsprechenden Verfahren schon lange genutzt wurden. Als Beispiel kann der genannte Anfechtungsausschluss nach der Samenspende dienen, §§ 1600 Abs. 4 BGB n.F. Ursprünglich wollte der Gesetzgeber den Anfechtungsausschluss gleichzeitig mit der Zulässigkeit der Samenspende regeln.[107] Man wollte durch den Anfechtungsausschluss aber nicht den Eindruck erwecken, dass man die Samen-

---

[101] Statt vieler etwa *Ulrich Gassner et al.,* Fortpflanzungsmedizingesetz – Augsburg-Münchner-Entwurf (Tübingen 2013); *Martin Löhnig/Ina Plettenberg,* Künstliche Fortpflanzung im deutschen Recht, in: Dutta/Schwab/Henrich et al., Künstliche Fortpflanzung (Fn. 27) 11–24, 23 f.

[102] Human Fertilisation and Embryology Act 1990 bzw. Fortpflanzungsmedizingesetz.

[103] So untersagt § 13c AdVermiG die Vermittlung von Leihmüttern.

[104] Siehe bereits *Bundesärztekammer,* DÄ 1985, A1691, A1691 f; inzwischen sieht die Musterrichtlinie vor, dass auch Frauen in festgefügter, heterosexueller Partnerschaft eine Samenspende erhalten können: *Bundesärztekammer,* (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion – Novelle 2006 –, DÄ 2006, A1392–A1403, A1395 und A1400.

[105] *Löhnig/Plettenberg,* Künstliche Fortpflanzung (Fn. 101) 23.

[106] Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 52.

[107] Staudinger/*Rauscher* (Fn. 3) Anh. § 1592 BGB Rn. 2.

spende als reproduktionsmedizinisches Verfahren gutheiße.[108] Da eine umfassende Regelung nicht erreicht werden konnte, wurde letztlich doch der Anfechtungsausschluss isoliert eingeführt, nachdem die Kritik an der vorherigen Rechtslage zu deutlich und die Gefährdung für das Kindeswohl zu offensichtlich wurden.

Soweit es in beiden Gebieten mithin zu Anpassungen kam, dienten sie zwar meist dazu, die rechtliche Anerkennung der Familienvielfalt zu ermöglichen – vor allem bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft aber nur über den zusätzlichen Schritt einer Adoption. Das Motto war dabei somit „Freiheit? Ja! Aber…"

Verantwortung wird so nicht eingefordert. Ohne eine umfassende Regelung bleiben Lücken. Um Verantwortung zu gewährleisten, muss man im Abstammungsrecht die Familienvielfalt akzeptieren. Bedenken gegenüber der Art der Familie oder ihrer Gründung können in anderen Rechtsgebieten behandelt werden. Eine umfassende abstammungsrechtliche Regelung bedeutet nicht zwingend, dass eine bestimmte Art der Familiengründung gebilligt oder gutgeheißen wird. Es bedeutet lediglich, dass ihre Existenz abstammungsrechtlich anerkannt wird und allfällige Bedenken gegen die Art der Familiengründung in anderen Rechtsgebieten behandelt werden: sei es *ex ante,* etwa durch Verbote bestimmter Arten der Reproduktionsmedizin,[109] sei es *ex post* im Rahmen des Sorge- und Umgangsrechts.

Solange man jedoch bestimmten Familien im Abstammungsrecht mit Vorbehalten begegnet und zusätzliche Schritte zum Erwerb einer Elternschaft verlangt, kann man die Betroffenen nicht gleichzeitig zur Verantwortung ziehen, wenn sie diese Schritte nicht mehr gehen wollen. Wenn man die Beteiligten an ihrer Verantwortung festhalten will, muss man ihnen umgekehrt die Freiheit einräumen, ungehindert die Elternschaft zu erwerben.

IV. Fazit

Die Entwicklung hin zu mehr Freiheit im Abstammungsrecht ist insgesamt zu begrüßen. Das Abstammungsrecht hat nicht den Zweck, die Eltern dafür zu sanktionieren, wenn sie mit traditionellen Familienbildern brechen. Vielmehr soll das Abstammungsrecht dem Kind Entwicklungschancen und Geborgenheit im Rahmen einer rechtlich stabilen Familie sichern.

---

[108] S. zu entsprechenden Vorbehalten bei Erlass des KindRG BT-Drucks. 13/4899, S. 52.

[109] So etwa das Verbot der Leihmutterschaft. Auch wenn deutsche Paare dem Verbot vermehrt entgehen, indem sie im Ausland Leihmütter beauftragen, scheint das Verbot im Inland Leihmutterschaften effektiv zu verhindern.

Dieser Zweck zeigt gleichzeitig auch die Schranken auf: Die Freiheit der Eltern endet dort, wo sie das Wohl des Kindes belastet. Freiheit muss durch Verantwortung ergänzt werden. Wer die Familiengründung anstößt, muss später für das Kind die Verantwortung tragen.

Bei natürlicher Zeugung führt die leibliche Elternschaft dazu, dass man für das Kind auch rechtlich Verantwortung übernehmen muss. Bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft und Reproduktionsmedizin reicht das nicht. Man muss aktiv die Verantwortung der Personen einfordern, die die Zeugung angestoßen haben. Wegen Vorbehalten gegenüber bestimmten Familienformen blieb entsprechende Gesetzgebung meist aus.

Gerade den betroffenen Kindern tut man damit keinen Gefallen. Abschließend gilt somit: Wer Freiheit wagt, muss Verantwortung tragen!

Mehr Testierfreiheit wagen?

Ein Streifzug durch Roland Donaths unveröffentlichte Habilitationsschrift

Anatol Dutta

I. Das Erbrecht in der Basedow-Schule

Im Publikationsverzeichnis von Jürgen Basedow fristet das Erbrecht ein Schattendasein. Abgesehen von vereinzelten Beiträgen zum internationalen oder ausländischen Erbrecht,[1] sucht man Arbeiten zu diesem Rechtsgebiet vergeblich. Dennoch darf in einem Band, der die thematische Breite des künftigen Emeritus und seiner Schule aufzeigen soll, das Vermögensrecht des Generationenwechsels nicht fehlen. Immerhin haben das Erbrecht zwei seiner Schüler zum Gegenstand ihrer Habilitationsprojekte gemacht und damit zu wissenschaftlichen Lebensbegleitern: Lange bevor der Verfasser dieses Beitrags das Erbrecht, ja die Rechtswissenschaft überhaupt, für sich entdeckte und mithilfe einer erbrechtlichen Schrift die letzten Hürden auf dem Weg zur akademischen Selbständigkeit überwand,[2] hatte sich bereits Roland Donath in

[1] Zu nennen ist etwa die Stellungnahme einer Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts zum Kommissionsvorschlag für die europäische Erbrechtsverordnung, RabelsZ 74 (2010) 522, sowie ein Beitrag über Inländerprivilegien im internationalen Erbrecht in Frankreich und den Rechtsordnungen Lateinamerikas, in: Temas Actuales de Derecho Internacional – Homenaje al Profesor Emérito Mario Ramírez Necochea (Santiago/Chile 2016) 35.

[2] *Anatol Dutta,* Warum Erbrecht? – Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung (Tübingen 2014).

Augsburg bei Jürgen Basedow[3] als sein erster Schüler im Wintersemester 1994/1995[4] mit einer Arbeit zur Kohärenz von Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht[5] habilitiert. Diese Studie konnte Roland Donath tragischerweise nicht mehr veröffentlichen. Nachdem er im Sommersemester 1995 einen Lehrstuhl an der Universität Halle übernommen hatte, verstarb Roland Donath drei Jahre nach Abschluss seiner Habilitation im Alter von nur 37 Jahren.[6]

Ein Band, in dem alle Basedow-Schüler zu Wort kommen, wäre damit unvollständig, wenn nicht auch an Roland Donath erinnert würde.[7] Vor allem aber passt ein Streifzug durch Donaths erbrechtliche Habilitationsschrift auch in der Sache gut in das Konzept, nämlich der Suche nach Freiheitsräumen im Privatrecht. Denn auch Donath setzt sich in seinem Werk an zahlreichen Stellen mit der Frage auseinander, wieviel Freiheit im Erbrecht gewagt werden soll.

II. Das Grundgerüst von „Erbrecht und Erbschaftsteuer“

Donaths Arbeit betrachtet das Recht der Vermögensnachfolge umfassend aus privatrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht. Sein Anliegen ist es, die Rechtsnachfolge von Todes wegen und die Erbschaftsteuer besser aufeinander abzustimmen und zu einem kohärenten System zu formen. Denn Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht sind beim Erbfall nur zwei Seiten derselben Medaille. Es liegt damit nahe, dass das Recht „ein einheitliches Konzept für beide Regelungskomplexe“ verfolgt.[8] Von einem solchen Konzept ist allerdings der deutsche Gesetzgeber weit entfernt. Donath attestiert dem deutschen Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht – neben zahlreichen „intrasystematischen Mängeln“[9] –

---

[3] Zweitgutachter war Wolfgang Jakob, damals Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht an der Universität Augsburg.

[4] Die Arbeit wurde am 27.11.1994 eingereicht, Donaths Habilitationsvortrag zur gestörten Vertragsparität fand am 8.2.1995 statt.

[5] *Roland Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer als kohärentes System – Eine rechtsvergleichende Studie zur Konformität erbrechtlicher und erbschaftsteuerlicher Wertungen, unveröffentlichte Habilitationsschrift (Augsburg 1994); der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg danke ich für die Möglichkeit, zur Vorbereitung dieses Beitrags die Habilitationsschrift von Roland Donath einzusehen.

[6] Siehe die Nachrufe von *Jürgen Basedow,* Roland Donath 26.7.1960–17.3.1998, in: Anleger- und objektgerechte Beratung, Private Krankenversicherung, ein Ombudsmann für Versicherungen – Beiträge der siebenten Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten, hrsg. von Jürgen Basedow/Roland Donath/Ulrich Meyer/Dieter Rückle/Hans-Peter Schwintowski (Baden-Baden 1999), und *Gerfried Fischer,* Roland Donath, NJW 1998, 1847.

[7] Siehe auch den Beitrag von *Eva-Maria Kieninger,* unten S. 451.

[8] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 480 (These 1 der Zusammenfassung).

[9] Ebd. 414 ff. (§ 9 I. 2.).

vor allem „Abstimmungsfehler". Diese Fehler begünstigten den Effekt der Erbschaftsteuer als „Dummensteuer", die nur bei den Transfers der nicht steuerlich Beratenen anfalle.[10] Die Ursache für diese Abstimmungsmängel sieht Donath vor allem in drei Punkten:

Erstens knüpfe die Erbschaftsteuer sehr undifferenziert an den Vermögensübergang an, ohne den Kontext des Transfers zu berücksichtigen.[11] So erkenne die Erbschaftsteuer etwa beim Berliner Testament nicht, dass der überlebende Ehegatte den Nachlass nur vorübergehend erhält. Dieser soll bekanntlich nach dem Tod des überlebenden Ehegatten regelmäßig an die Kinder des Erblassers fallen, je nach Ausgestaltung als Schluss- oder Nacherben. Überhaupt sei die Erbschaftsbesteuerung von Transfers zwischen Ehegatten vor dem Hintergrund des Umverteilungsziels der Erbschaftsteuer zweifelhaft, weil es sich um keine generationenübergreifende Vermögensweitergabe handele und die Erbschaftsteuer nur einmal in jeder Generation zuschlagen solle. Hinzufügen kann man noch zwei weitere Überlegungen, die gegen eine Besteuerung von Ehegattentransfers sprechen: Solche Transfers sind auch deshalb umverteilungsneutral und von einer sinnvoll ausgestalteten Erbschaftsteuer auszuklammern, weil das weitergegebene Vermögen oftmals vom Ehegatten miterwirtschaftet wurde,[12] woran etwa bei der Beendigung der Ehe auch das Güterrecht anknüpft. Es handelt sich damit nicht zwangsläufig um unentgeltliche Transfers, sondern der überlebende Ehegatte erhält insoweit nur, was ihm zusteht. Zu Recht klammert deshalb das deutsche Erbschaftsteuerrecht Transfers in Höhe des rechnerischen Zugewinnausgleichs von der Besteuerung aus, vgl. § 5 ErbStG. Darüber hinaus – und das ist die zweite Überlegung – handelt es sich bei Vermögensweitergaben zwischen Ehegatten regelmäßig nur um rechtliche Transfers, die sich wirtschaftlich auf die Vermögensverteilung in der Gesellschaft nicht auswirken. Die Transfers erfolgen hier innerhalb eines bestehenden Haushalts, in dem der überlebende Ehegatte bereits zu Lebzeiten des Erblassers an dessen Vermögen partizipiert.[13] Die zuletzt angesprochene Überlegung würde es damit vor dem Hintergrund des Umverteilungsziels rechtfertigen, Ehegattentransfers gänzlich von der Erbschaftsteuer zu befreien.

Friktionen zwischen Erbrecht und Erbschaftsteuer entstehen nach Donath aber auch – zweitens – durch die undifferenzierte Anknüpfung der Erbschaftsteuer an die familienrechtliche Beziehung zwischen Erblasser und Erben.[14] Transfers an Personen, die mit dem Erblasser nicht über die traditionellen Statusverhältnisse verbunden sind, werden höher besteuert als die Weitergabe

---

[10] Ebd. 412 (§ 9 I. 3. a).
[11] Ebd. 409 f. (§ 9 II. 2. a).
[12] Etwa *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 243 ff.
[13] Ebd. 246 ff.
[14] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 410 f. (§ 9 II. 2. b).

des Vermögens an nahe Verwandte und Ehegatten. Solche Transfers sind indes erbrechtlich keine „Erbfolge zweiter Klasse", auch wenn der Gesetzgeber erbschaftsteuerliche Anreize gegen sie setzt. Das Abstellen auf die Familienbeziehung zum Erblasser verzerre die Ausübung der Testierfreiheit durch den Erblasser, weil Transfers an Nichtverwandte unattraktiv werden;[15] habe gesamtwirtschaftlich negative Auswirkungen, weil bei der Unternehmensnachfolge eine womöglich sinnvolle Nachfolge außerhalb der Familie vermieden wird;[16] führe zu einem Missbrauch der Volljährigenadoption, weil es diese zu einem Mittel der Erbschaftsteuerplanung verkommen lasse;[17] und sage nichts über das Umverteilungsbedürfnis und damit die Besteuerungswürdigkeit des Transfers aus.[18] Gerade bei diesem letztgenannten Punkt weist Donath auf eine bemerkenswerte Inkonsistenz zwischen Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht hin: Während das Privatrecht einer Vermögenskonzentration in der Gesellschaft, etwa mithilfe der erbrechtlichen Perpetuierungsschranken bei der Vor- und Nacherbschaft und der Dauervollstreckung,[19] ohne Rücksicht auf die Beziehung des Erben zum Erblasser entgegenwirken will, differenziert das Erbschaftsteuerrecht nach der Nähe zum Erblasser. Donath möchte deshalb die Erbschaftsteuer familienbeziehungsneutral ausgestalten und auf die Redistributionsfunktion[20] zurückführen: Kleinere Nachlässe sind auszuklammern und das beim Erben vorhandene Vermögen in die Betrachtung einzubeziehen.[21]

Ein drittes Abstimmungsdefizit erkennt Donath bei der Besteuerung der Unternehmensnachfolge.[22] Hier habe zwar auch das Privatrecht seine Hausaufgaben bisher nicht erledigt und sorge nur rudimentär für eine Kontinuität des Unternehmens beim Generationenwechsel. Aber auch das Erbschaftsteuerrecht differenziere nur unzureichend, indem es bei der Privilegierung unternehmerischen Vermögens nicht nur inhabergeführte Unternehmen erfasse, die dauerhaft fortgeführt werden. – Diese Kritik muss sich jedenfalls der deutsche Erbschaftsteuergesetzgeber heute nicht mehr gefallen lassen. Seit den vergangenen Erbschaftsteuerreformen privilegieren die ob ihrer Komplexität berüchtigten Verschonungsregeln der §§ 13a ff., § 19a ErbStG die Weitergabe unternehmerischen Vermögens recht großzügig – bis zum vorerst letzten Einschreiten des Bundesverfassungsgerichts[23] sogar zu großzügig. Der Gesetzgeber versucht mit den Verschonungsregeln mittlerweile, nur inhabergeführte

[15] Ebd. 131 f. (§ 4 II. 1.).
[16] Ebd. 184 f. (§ 4 IV. 5.).
[17] Ebd. 277 ff. (§ 7 I. 3.), 465 (§ 10 II. 2. c) und 472 (§ 10 II. 4. a).
[18] Ebd. 306 ff. (§ 7 III. 3.).
[19] Ebd. 144 f. (§ 4 II. 3. a bb).
[20] Ebd. 227 f. (§ 5 II. 5.).
[21] Ebd. 462 ff. (§ 10 II. 2.).
[22] Ebd. 411 f. (§ 9 II. 2. c).
[23] BVerfG 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136.

und dauerhaft fortgeführte Unternehmen zu erfassen.[24] Über die Frage, ob eine erbrechtliche und erbschaftsteuerliche Begünstigung einer Unternehmensfortführung gerade durch die Erben – und nicht durch ein vom Markt bestimmtes Mitglied der Gesellschaft – wirklich sinnvoll ist, kann freilich trefflich gestritten werden. In dieser Frage können sogar zwei Basedow-Schüler unterschiedlicher Auffassung sein.[25] Eine Auseinandersetzung mit Donaths differenzierten Überlegungen würde allerdings den thematischen Rahmen dieses Beitrags sprengen, zumal Donath den Gesetzgeber auf seiner Seite hat.

III. Erweiterung und Bewahrung der Testierfreiheit

Durchforstet man Donaths Schrift nach Spuren des Basedow'schen Mehr-Freiheit-wagen-Mottos, so wird man vor allem auf den zweiten Blick fündig. Donath befasst sich vordergründig weniger mit dem Sinn und Zweck von Freiheitsräumen im Erbrecht, sondern setzt vor allem die Testierfreiheit des Erblassers, also dessen Freiheit, die eigene Rechtsnachfolge von Todes wegen zu gestalten, als etwas Sinnvolles voraus (dazu noch unten V.). Vielmehr nähert sich Donath der Testierfreiheit vom *Negativen* her. Er untersucht, inwieweit Grenzen der Testierfreiheit einen sinnvollen Zweck erfüllen, und stellt die Beschränkungen der Testierfreiheit durch das zwingende Erbrecht auf den Prüfstand. Donath spricht sich dabei einerseits für Nachjustierungen bei zwei klassischen Grenzen der Testierfreiheit (unten III. 1. und 2.) und andererseits für eine Bewahrung der Testierfreiheit vor einer allgemeinen Missbrauchskontrolle (unten III. 3.) aus. Hinzu kommen zahlreiche Überlegungen zur besseren Abstimmung der Erbschaftsteuer auf die privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers, die als Nebenprodukt jedenfalls mittelbar die Testierfreiheit erweitern. Es ist eines der Leitmotive von Donaths Arbeit, dass das geltende Erbschaftsteuerrecht die Ausübung der Testierfreiheit verzerrt und den Erblasser oftmals in ein Dilemma versetzt: Was „steuerlich sinnvoll ist, ist vom Erblasser meistens nicht gewollt, was hingegen der Erblasser gerne möchte, ist oft steuerlich ungünstig".[26] Ein kohärenteres System würde damit stets auch Freiheitsräume für den Erblasser eröffnen.

---

[24] Zu den Schwierigkeiten, solche Unternehmen rechtlich zu identifizieren, etwa *Anatol Dutta,* Das Pooling von Kapitalgesellschaftsanteilen im inhabergeführten Unternehmen, ZGR 2016, 581, 586 f., 607 f.

[25] Vgl. *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 514 ff.

[26] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 405 (§ 9 I. 1.).

1. Bedarfsabhängige Ausgestaltung des Pflichtteils

Was die konkrete Erweiterung der Testierfreiheit anbelangt, so ist zunächst Donaths Forderung nach einer bedarfsabhängigen Ausgestaltung des Pflichtteils zu nennen. Derzeit ist das Pflichtteilsrecht – das nicht nur bei uns, sondern auch im Ausland bisher allen Forderungen nach einer Reduktion oder gar Abschaffung[27] weitgehend getrotzt hat – in den meisten Rechtsordnungen als Quotenpflichtteil ausgestaltet. Den nahen Angehörigen des Erblassers wird ohne Rücksicht auf deren Bedürftigkeit ein wert- oder gegenstandsbezogener Anteil am Nachlass eingeräumt. Bei uns erhalten bekanntlich die Pflichtteilsberechtigten gemäß §§ 2303 ff. BGB einen Geldanspruch gegen die Erben, der auf die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils gerichtet ist. Nach Donath lässt sich ein Pflichtteil allein mit einer Versorgungsfunktion des Erbrechts rechtfertigen.[28] Konsequent ist daher seine Forderung nach einer Reduktion des Pflichtteils auf diese Funktion: Die Pflichtteilsberechtigten sollen am Nachlass gegen den Willen des Erblassers nur zu beteiligen sein, wenn sie bedürftig sind.[29]

Freilich lassen sich gegen eine solche bedarfsabhängige Ausgestaltung zahlreiche Argumente vortragen,[30] auch wenn in einigen Rechtsordnungen solche Bedürftigkeitselemente beim Quotenpflichtteil anzutreffen sind.[31] So sah etwa § 396 Abs. 1 Nr. 2 des Zivilgesetzbuchs der Deutschen Demokratischen Republik vor, dass pflichtteilsberechtigt nur „die Kinder, Enkel und Eltern des Erblassers [sind], wenn sie im Zeitpunkt des Erbfalles gegenüber dem Erblasser unterhaltsberechtigt waren". Zunächst ist bereits eine sachgerechte Integration eines Bedürftigkeitserfordernisses – eigentlich ein Element des Unterhaltsrechts – in den Pflichtteil nicht einfach. Der Zeitpunkt, zu dem der Pflichtteil greift, ist zufällig: der Tod des Erblassers, ein Zeitpunkt, zu dem der Pflichtteilsberechtigte nicht bedürftig sein muss, auch wenn eine Bedürftigkeit nach dem Erbfall jederzeit eintreten kann. Das Unterhaltsrecht ist dagegen dynamisch ausgestaltet. Die Unterhaltspflicht besteht abstrakt lebenslang und konkretisiert sich durch die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten (und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten). Auch wenn sich der Kreis der Unterhaltsberechtigten und Pflichtteilsberechtigten in

---

[27] In Deutschland etwa von *Barbara Dauner-Lieb,* Das Pflichtteilsrecht – Ketzerische Fragen an ein altehrwürdiges Institut, FF 2000, 110.

[28] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 156 (§ 4 III. 1.) sowie 455 f. (§ 10 I. 3.).

[29] Ebd. 458 (§ 10 I. 3.) und 478 (§ 10 III. 2.).

[30] Siehe etwa auch bereits die Kritik von *Jens Peter Meincke,* Das neue Erbrecht der DDR, JR 1976, 47, 50.

[31] Vgl. etwa Volksrepublik China: Art. 19 Jicheng fa [Erbrechtsgesetz]; Estland: § 104 Abs. 1 Pärimisseadus [Erbrechtsgesetz]; Litauen: Art. 5.20 Abs. 1 Civilinis kodeksas [Zivilgesetzbuch]; Louisiana: Art. 1493 ff. Civil code; Slowenien: Art. 25 Abs. 2 Zakon o dedovanju [Erbrechtsgesetz].

den meisten Rechtsordnungen in weiten Teilen deckt, ist es damit alles andere als unproblematisch, das Bedürftigkeitselement in ein statisches Instrument wie den Pflichtteil aufzunehmen. Will man den Pflichtteil unterhaltsrechtlich aufladen, so kann dies trennscharf eigentlich nur über postmortale Unterhaltsansprüche der Pflichtteilsberechtigten gegen den Nachlass geschehen, wie sie im deutschen Recht vereinzelt anzutreffen sind, etwa beim postmortalen nachehelichen Unterhaltsanspruch gegen die Erben (§ 1586b Abs. 1 Satz 1 BGB).

Hinterfragen lässt sich aber auch Donaths Annahme, dass der Pflichtteil allein eine Versorgungsfunktion erfüllt. Zwar ist der Pflichtteil als erbrechtlicher Umverteilungsmechanismus ungeeignet, auch wenn dieser Gedanke besonders seit der Französischen Revolution immer wieder auftaucht. Die private Umverteilung durch eine zwingende Erbteilung hängt von der Durchsetzung durch die Erbberechtigten und der demographischen Entwicklung in einer Gesellschaft ab und sorgt vor allem nicht für eine gleichmäßigere Verteilung des Vermögens in der Gesellschaft, sondern allenfalls in der Familie.[32] Im Gegenteil: Der Pflichtteil kann – worauf auch Donath hinweist[33] – womöglich vermögenskonzentrierend wirken, gerade im unternehmerischen Wettbewerb, wo die Erbteilung nur inhabergeführte Unternehmen, nicht aber Publikumsgesellschaften erfasst. Dennoch sind andere erbrechtliche Funktionen des Pflichtteils jenseits der Versorgung denkbar, die der Gesetzgeber zielgerichtet einsetzen kann: So sorgt der Pflichtteil jedenfalls für eine gewisse „Mindestaktualisierung“ des in der Gesellschaft verfügbaren Vermögens. Der Pflichtteil stellt sicher, dass der nachfolgenden Generation ein Teil des Vermögens ohne Beschränkungen weitergegeben wird. Über die wirtschaftliche Ausrichtung des Pflichtteils entscheidet allein der Pflichtteilsberechtigte und nicht der Erblasser. Dies geschieht beispielsweise bei uns durch § 2306 BGB, der einem durch den Erblasser beschränkten Erben einen Rückzug auf seinen freien Pflichtteil gestattet. Auch in der Familie kann der Pflichtteil durchaus Funktionen erfüllen, die über die bloße Versorgung der Überlebenden hinausgehen, aber Teil einer wünschenswerten Solidarität der Familienmitglieder sind. Wenn man davon ausgeht, dass Nähebeziehungen zwischen Menschen gesellschaftlich und ökonomisch sinnvoll sind, dann muss das Recht bei der Beendigung der Nähebeziehung – hier durch Tod – für einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Beteiligten sorgen. Dieser Ausgleich kann z.B. die lebzeitige Nähebeziehung hinsichtlich der wechselseitigen Beiträge der Beteiligten bereinigen, besonders soweit sie sich in den Vermögen der Beteiligten niedergeschlagen haben, er kann aber auch die Nähebeziehung im Hinblick auf die Teilhabe am Vermögen des Verstorbenen fortwirken lassen.[34] Die von Donath vor allem ins Feld geführte Ver-

---

[32] Etwa *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 260 ff., 270 ff., 275 ff.

[33] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 456 (§ 10 I. 3.) und 471 (§ 10 II. 4. a).

[34] *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 390 ff.

sorgungsfunktion betrifft hier nur einen Ausschnitt, nämlich die Fortwirkung der Nähebeziehung im Hinblick auf die lebzeitige Unterhaltspflicht des Erblassers. Daneben kann das Pflichtteilsrecht auch für die Stabilität einer versorgungsunabhängigen Teilhabe sorgen, etwa wenn der Pflichtteilsberechtigte mit dem Erblasser einen Haushalt gebildet hat, in dem die Beteiligten ihre Vermögen wechselseitig genutzt und verwaltet haben, wie es vor allem in der Paarbeziehung geschieht.

In jedem Fall aber ist Donath darin Recht zu geben, dass der Quotenpflichtteil die Solidaritätsziele nur ungenügend erreicht. Der Ansatz, mit einer fixen Beteiligung am Nachlass für einen adäquaten Interessenausgleich in den Nähebeziehungen des Erblassers zu sorgen, ist von vornherein zum Scheitern verurteilt. Erforderlich wäre eine Weiterentwicklung des Pflichtteils, um diesen im Hinblick auf die erbrechtspolitischen Ziele passgenauer einzusetzen, vor allem durch eine Differenzierung und Flexibilisierung, aber auch durch eine Horizontalisierung und Öffnung des Pflichtteils: Gerade in der Paarbeziehung, ehelich oder nichtehelich, garantiert das Pflichtteilsrecht nicht die Stabilität der Vermögensteilhabe durch den überlebenden Partner, die – wie eben erwähnt – ein Ziel des Pflichtteils sein könnte. Im Gegenteil: Der Pflichtteil der Verwandten des Erblassers, vor allem der Abkömmlinge, kann die Stabilitätsinteressen des überlebenden Partners gefährden.

Ein interessanter Ansatz zur weiteren Ausdifferenzierung des Pflichtteils ist Donaths Vorschlag, die Höhe des Ehegattenpflichtteils an die Ehedauer zu koppeln: je länger das Paar verheiratet ist, desto höher wird der Pflichtteil.[35] Eine solche Differenzierung würde dem Gedanken Rechnung tragen, dass bei einer langen Haushaltsgemeinschaft der Ehegatten das Bedürfnis des Überlebenden nach Stabilität der Vermögensteilhabe besonders hoch ist. Allerdings kann man durchaus auch die ketzerische Frage stellen, ob der Ehegattenpflichtteil nicht gänzlich entbehrlich ist und besser durch ein Informationsmodell ersetzt werden sollte. In Zeiten eines weitgehend liberalisierten Scheidungsrechts, das einer einseitigen Beendigung der Ehe, einer Verstoßung des Ehegatten, kaum mehr Steine in den Weg legt,[36] kann sich der Erblasser seines Ehegatten als Pflichtteilsberechtigten ohnehin ohne Weiteres durch Scheidung entledigen (vgl. auch § 1933 Satz 1 BGB) und sich auf den nachehelichen Unterhalt zurückziehen (vgl. auch § 1933 Satz 3 BGB). Güterrechtlich sind die Enterbung des Ehegatten und die Scheidung der Ehe für den Nachlass neutral (§ 1371 Abs. 2 Hs. 1 BGB oder §§ 1372 ff. BGB). Deshalb hat das Recht eigentlich nur die Aufgabe, für Transparenz zu sorgen, also dafür, dass der überlebende Ehegatte von seiner Enterbung – sozusagen der

[35] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 458 f. (§ 10 I. 3.).

[36] Siehe etwa die Ergebnisse in: Scheidung ohne Gericht? – Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, hrsg. von Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald/Martin Löhnig (Bielefeld 2017).

„erbrechtlichen Verstoßung“ kraft Testierfreiheit – erfährt. Eine innovative Lösung hält hier das norwegische Recht bereit. In Norwegen kann das gesetzliche Ehegattenerbrecht nur ausgeschlossen werden, wenn der Ehegatte von der Enterbung erfährt,[37] ein Gedanke, den wir in Deutschland nur beim Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in gemeinschaftlichen Ehegattentestamenten kennen, vgl. § 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Freilich sind die Chancen auf Reformen beim Pflichtteil überschaubar, jedenfalls für absehbare Zeit in Deutschland. Dies folgt nicht nur aus der bereits angesprochenen rechtspolitischen Beharrlichkeit des Pflichtteils. Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht weite Teile des geltenden Pflichtteilsrechts als verfassungsrechtlich garantiert angesehen.[38] Roland Donath hatte eine solche verfassungsrechtliche Absicherung des Quotenpflichtteils noch abgelehnt,[39] und zwar zu Recht. Ähnliches, wie Matteo Fornasier in diesem Band für das Arbeitsrecht fordert,[40] sollte auch beim Pflichtteil gelten: Mehr Freiheit des einfachen Gesetzgebers vom Verfassungsrecht wagen! An der verfassungsrechtlichen Überhöhung des Pflichtteilsrechts kann man sehen, wie sich ein ganzes Rechtsgebiet rechtspolitisch auf Eis legen lässt.

2. *Abschaffung des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit*

Eine weitere klassische Grenze der Testierfreiheit, bei der Roland Donath eine Korrektur vornehmen möchte, betrifft den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit, wie er bei uns in §§ 2064, 2065 BGB niedergelegt ist. Vor allem das an den Erblasser gerichtete Verbot in § 2065 Abs. 2 BGB, die Auswahl des Erben an einen Dritten zu delegieren, ist Donath ein Dorn im Auge. Er zeigt auf, dass hier durchaus auch Kohärenzfragen mit der Erbschaftsteuer auftreten können, wenn der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit den Erblasser in Ersatzmechanismen – etwa ein nach § 2151 BGB zulässiges Vermächtnis mit Auswahlbefugnis eines Dritten – zwingt, bei denen sich andere erbschaftsteuerliche Konsequenzen ergeben.[41] Auch bei der Unternehmensnachfolge möchte Donath die Beschränkung des § 2065 BGB aufgeben, um dem Erblasser eine frühzeitige Nachfolgeplanung zu ermöglichen, wenn bei der Ausübung der Testierfreiheit noch nicht klar ist, welcher der potentiellen Erben zur Fortführung des Unternehmens geeignet und bereit ist.[42]

In Donaths Kritik des erbrechtlichen Delegationsverbots kann nur eingestimmt werden. Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit kann nur

---

[37] § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 7 Satz 1 und 2 des norwegischen Arvelov [Erbrechtsgesetz].

[38] BVerfG 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332.

[39] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 457 f. (§ 10 I. 3.).

[40] Unten S. 153.

[41] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 148 f. (§ 4 II. 3. a cc).

[42] Ebd. 473 (§ 10 II. 4. b) und 479 (§ 10 III. 3.).

mit Schwierigkeiten gerechtfertigt werden.[43] Insbesondere lässt sich auch die Sorge zerstreuen, dass der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit eine schädliche Vermögenskonzentration und damit Machtkonzentration beim auswahlbefugten Dritten verhindert.[44] Es ist nicht ersichtlich, warum die Machtkonzentration beim Dritten größer sein sollte als beim Erblasser selbst.[45] Auch die Gefahr, dass der Erblasserwille ohne die Grenze des Delegationsverbots übermäßig perpetuiert wird,[46] besteht wohl nicht. Denn der Erblasser übt ja seinen Willen gerade nicht aus, sondern delegiert seine Testierfreiheit auf Dritte. Allenfalls könnte man argumentieren, dass durch eine letztwillig eingeräumte *power of appointment* ein dauerhaft teilhabeloses Vermögen entsteht, dessen Verwaltung, Nutzung und Haftung keinem Mitglied der Gesellschaft zugeordnet wird, wenn der Dritte – womöglich auch auf Anweisung des Erblassers – sein Bestimmungsrecht nicht ausübt.[47] Diese Gefahr könnte freilich durch Ausübungsfristen gebannt werden, wie sie auch bei den Ausnahmen vom erbrechtlichen Delegationsverbot bestehen, vgl. § 2151 Abs. 3 Satz 2, § 2198 Abs. 2 BGB. Schließlich könnte für den Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der Gedanke ins Feld geführt werden, dass der Erblasser einen Informationsvorsprung gegenüber Dritten besitzt (dazu noch unten V.), etwa was die Nähebeziehungen des Erblassers zu seinen überlebenden Familienmitgliedern anbelangt. Aber auch hier versagt das Delegationsverbot. Auch einen informierten Erblasser zwingt niemand, seine Testierfreiheit auszuüben.

3. Wider einer allgemeinen Missbrauchskontrolle

Vehement verteidigt Donath die Testierfreiheit auch gegen Grenzen aus einer etwaigen Leitbildfunktion des Intestaterbrechts, soweit diese ermöglichen sollen, „grob ungerechten Verfügungen von Todes wegen“ als Missbrauch der Testierfreiheit nach den Wertungen des gesetzlichen Erbrechts die Wirksamkeit zu versagen.[48] Für Donath bedeuten solche familienbezogenen unge-

---

[43] Kritisch etwa auch *Harry Westermann,* Die Auswahl des Nachfolgers im frühzeitigen Unternehmertestament, in: FS Philipp Möhring (München 1965) 183, 195 f.; *Reinhard Zimmermann,* „Quos Titius voluerit“ – Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder „power of appointment“? (München 1991) 50 ff.; *Hans-Georg Hermann,* Hoferbenbestimmungsrecht nach § 14 III HöfeO und Erbenbenennung nach § 2065 II BGB, FamRZ 1995, 1396, 1400 f.; *Tobias Helms,* Erbrechtliches Drittbestimmungsverbot und kautelarjuristische Praxis, ZEV 2007, 1, 5; *Jens Kleinschmidt,* Delegation von Privatautonomie auf Dritte (Tübingen 2014) 352 ff.

[44] Siehe vor allem *Bernhard Großfeld,* Höchstpersönlichkeit der Erbenbestimmung und Auswahlbefugnis Dritter, JZ 1968, 113, 118 ff.

[45] Vgl. *Zimmermann,* Quos Titius voluerit (Fn. 43) 25 f. mit Fn. 85 und 86.

[46] Vgl. auch *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 146 mit Fn. 77 (§ 4 II. 3. a cc).

[47] *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 314.

schriebenen Grenzen der Testierfreiheit jenseits des Pflichtteils „das Ende der Testierfreiheit überhaupt“; sie kämen einem Freibrief des Richters gleich, „seine Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle derjenigen des Erblassers [zu] setzen“.[49]

In der Tat spricht Vieles gegen eine allgemeine Missbrauchskontrolle, vor allem auch praktische Erwägungen. Dem Pflichtteilsrecht würde seine Befriedungsfunktion[50] genommen, sollte man jenseits des Pflichtteils eine Kontrolle von Verfügungen von Todes wegen im Hinblick auf eine missbräuchliche Ausübung der Testierfreiheit zulassen. Nicht zu Unrecht sehen die deutschen Gerichte in der bloßen Zurücksetzung eines Familienmitglieds keinen Sittenverstoß nach § 138 Abs. 1 BGB, und zwar gerade auch unter Hinweis auf den Pflichtteil und dessen abschließenden Schutz.[51] Der Pflichtteil sichert mit anderen Worten, dass das bei jedem Erbfall bestehende Konfliktpotential nicht noch durch die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle der Verfügung von Todes wegen im Einzelfall verschärft wird.

Freilich wird man eine allgemeine Missbrauchskontrolle ablehnen müssen, wenn man wie Donath von einer bedingungslosen Rechtfertigung der Testierfreiheit ausgeht. Sollte man an der Tauglichkeit der Testierfreiheit als Mittel der Privatautonomie zweifeln (dazu unten V.), dann scheint eine Missbrauchskontrolle kein abwegiger Mechanismus zu sein, um zu prüfen, ob der Erblasser die ihm anvertraute Rechtsmacht auch richtig ausgeübt hat. Die Missbrauchskontrolle wäre dann Teil einer Flexibilisierung der zwingenden Nachlassbeteiligung. Sie wäre vergleichbar der *family provision,* die ausgehend von den britischen Dominions seit Ende des 19. Jahrhunderts in zahlreichen *common law*-Jurisdiktionen bedürftige Familienangehörige des Erblassers schützt. Dieser Schutz wird allerdings nicht durch eine starre Nachlassteilhabe realisiert, sondern dadurch, dass das Gericht auf Antrag die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge korrigieren kann, wenn weder das Gesetz noch der Erblasser eine angemessene Vorsorge für den Antragsteller trifft.[52] Allerdings sollte ein solch weitgehender Schritt wohl dem Erbrechtsgesetzgeber vorbehalten bleiben.

---

[48] In diese Richtung etwa *Dieter Leipold,* Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980) 160.

[49] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 151 f. (§ 4 II. 3. a cc).

[50] Vgl. *Gerhard Otte,* Um die Zukunft des Pflichtteilsrechts, ZEV 1994, 193, 195; *Martin Schauer,* Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß?, ÖNotZ 2001, 70, 76.

[51] BGH 31.3.1970 – III ZB 23/68, BGHZ 53, 369, 374.

[52] Siehe etwa für England und Wales Sec. 1 Abs. 1 Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 (UK): „[The applicant] may apply to the court for an order […] on the ground that the disposition of the deceased’s estate effected by his will or the law relating to intestacy, or the combination of his will and that law, is not such as to make reasonable financial provision for the applicant“.

IV. Einhegung der Testierfreiheit außerhalb des formalen Erbrechts

Roland Donath verfolgt in seiner Arbeit einen funktionalen Ansatz und betrachtet nicht nur Vermögenstransfers, die im Wege des formalen Erbrechts vollzogen werden, also bei uns in Deutschland nach den §§ 1922 ff. BGB. Zwar fokussiert Donath seine Studie im Wesentlichen auf das gesetzliche Erbrechtsmodell, also auf die Betrachtung des jeweiligen Erbfalls und das Verhältnis zwischen dem Erblasser und den Überlebenden. Die Möglichkeit einer privaten Erbrechtsetzung durch eine generationenübergreifende Vermögensbindung, vor allem mittels privatnütziger Stiftungen und *trusts,* und die damit einhergehenden Spannungen bei den nachfolgenden Generationenwechseln mit dem gesetzlichen Erbrechtsmodell[53] klammert er weitgehend aus.[54] Im Gegenteil: Donath sieht gerade in den erbschaftsteuerlichen Vorteilen einer Doppelstiftung durchaus ein legitimes Mittel zur Sicherung der Unternehmensnachfolge.[55]

Allerdings beschäftigt sich Donath auch mit Möglichkeiten des Erblassers, bezogen auf seinen Erbfall sein Vermögen von Todes wegen außerhalb des formalen Erbrechts weiterzugeben. Für diese außererbrechtlichen Mechanismen zur Weitergabe von Vermögen auf den Todesfall hat sich mittlerweile auch rechtsvergleichend der Begriff der *will-substitutes* eingebürgert,[56] der ursprünglich aus der US-amerikanischen Erbrechtsdebatte stammt.[57] Konkret betrachtet Donath vor allem die Zuwendung von Vermögen am Nachlass vorbei durch Kapitallebensversicherungen und Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall, die als außererbrechtlicher Weitergabemechanismus bei allen relevanten Anlageformen möglich sind.[58] Da diese *will-substitutes* an die Stelle der Verfügung von Todes wegen im formalen Erbrecht treten, muss man auch eine solche gewillkürte Vermögensweitergabe von Todes wegen als Ausübung einer funktional verstandenen Testierfreiheit ansehen.

Donath betont die Gefahr, dass durch diese *will-substitutes* das formale Erbrecht „seinen praktischen Anwendungsbereich“ verliert.[59] Speziell treibt

---

[53] Dieses Spannungsverhältnis war Anlass meiner Arbeit zu den möglichen Funktionen und Zielen des Erbrechts, vgl. *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 3 ff.

[54] Vgl. aber *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 298 ff. (§ 7 III. 2.).

[55] Vgl. ebd. 472 (§ 4 II. 4. a), auch wenn er hier mehr Ehrlichkeit vom Gesetzgeber durch ein ausdrückliches Bekenntnis zur erbschaftsteuerlichen Privilegierung fordert, das der Gesetzgeber freilich viele Jahre später mit den Verschonungsregeln abgegeben hat, vgl. oben II.

[56] Siehe etwa den Sammelband: Passing Wealth on Death – Will-substitutes in comparative perspective, hrsg. von *Alexandra Braun/Anne Röthel* (Oxford u.a. 2016).

[57] Siehe vor allem den Beitrag von *John Langbein,* The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession, Harv. L. Rev. 97 (1984) 1108.

[58] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 137 ff. (§ 4 II. 2.).

[59] Ebd. 140 (§ 4 II. 2.).

ihn die Sorge um, dass Vermögensweitergabe und Haftung auseinanderfallen. Die Einheit des Nachlasses wird im formalen Erbrecht durch den Grundsatz der Universalsukzession gewahrt, wonach das Vermögen des Erblassers als Ganzes – mit allen Aktiva und Passiva – auf die Erben übergeht (§ 1922 Abs. 1 BGB) und diese jedenfalls mit dem Nachlass für die Verbindlichkeiten des Erblassers haften (§§ 1967 ff., 2058 ff. BGB). Donath möchte dieser Aushöhlung der §§ 1922 ff. BGB durch besondere Regeln begegnen, die das durch solche *will-substitutes* weitergegebene Vermögen „in die erbrechtliche Kompromißlösung […] integrieren".[60] Dabei lehnt er eine Ausdehnung des § 2301 BGB ab, die für eine umfassende Rückkehr außererbrechtlicher Transfers in das formale Erbrecht sorgen könnte. § 2301 BGB zeigt übrigens, dass bereits der historische Gesetzgeber die Gefahr durch *will-substitutes* in Form von Schenkungen auf den Todesfall erkannte und durch die Erstreckung der Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen auf solche Transfers diese in das formale Erbrecht zurückholen wollte. Vielmehr möchte Donath vor allem die Gläubiger des Erblassers schützen und diesen einen Zugriff auf das außererbrechtlich weitergegebene Vermögen verschaffen.[61] Eine Ausdehnung des § 1967 BGB lehnt Donath als Systembruch ab, genauso wie eine Analogie zu den Haftungsnormen beim Vermächtnis. Die „systemverträglichste Lösung" sieht Donath darin, den Rechtsgedanken des § 2329 BGB fruchtbar zu machen, also die subsidiäre Bereicherungshaftung des Beschenkten für Pflichtteilsergänzungsansprüche. Allerdings will Donath § 2329 BGB bei seiner entsprechenden Anwendung modifizieren und insbesondere die Subsidiarität der Haftung aufgeben: Der durch die lebzeitige Zuwendung auf den Todesfall Begünstigte soll direkt und neben den Erben haften. Auch bei der „weichen" Bereicherungshaftung des Begünstigten soll es, anders als im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 2329 BGB, nicht bleiben. Vielmehr soll der Begünstigte ab Leistung durch das Finanzinstitut, das auch zur Benachrichtigung der Erben und Aufklärung des Begünstigten verpflichtet werden soll, den Nachlassgläubigern genauso verschärft haften wie die Erben. Für die Vorschläge von Donath spricht in erster Linie, dass auch das Insolvenzrecht wohl nicht für einen ausreichenden Schutz der Nachlassgläubiger sorgt.[62] Insbesondere aber wahrt auch außerhalb eines überschuldeten Nachlasses Donaths Vorschlag die Interessen der Erben, die den Nachlassgläubigern nicht alleine geradestehen müssen, sondern gesamtschuldnerisch mit den Begünstigten der lebzeitigen Zuwendungen auf den Todesfall.[63]

---

[60] Ebd. 439 ff. (§ 10 I. 1. c).

[61] Ebd. 443 ff. (§ 10 I. 1. d).

[62] Näher *Reinhard Bork,* Will-Substitutes: The Perspective of Creditors in Germany, and England and Wales, in: Passing Wealth on Death (Fn. 56) 267, 271 ff.

[63] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 443 ff. (§ 10 I. 1. d).

Eine Einbeziehung lebzeitiger Zuwendungen auf den Todesfall in die Erbenhaftung stellt eine Einschränkung der funktional verstandenen Testierfreiheit des Erblassers dar. Dieser soll einzelne Begünstigte nicht privilegieren können. Freilich würde eine Ausdehnung des formalen Erbrechts auf Vermögenswerte, die bisher außerhalb des Erbrechts weitergegeben werden, unter Umständen auch die Testierfreiheit erweitern. Das betrifft namentlich diejenigen Vermögensbestandteile des Erblassers, die zwingend außererbrechtlich weitergegeben werden, sprich vor allem das in der gesetzlichen Rentenversicherung gebundene Sozialversicherungsvermögen, das bei den meisten Erblassern in der Bundesrepublik einen großen Teil ihres Vermögens ausmacht.[64] Im deutschen Recht wird dieses Vermögen nicht erbrechtlich transferiert. Die gesetzliche Rentenversicherung basiert bekanntlich als umlagefinanzierte Altersvorsorge nicht auf einem vom Versicherten angesparten Kapital; ein vom Erblasser nicht selbst verbrauchtes Altersvorsorgevermögen, das erbrechtlich weitergegeben werden könnte, existiert mithin nicht. Ansprüche aus der Rentenversicherung erlöschen mit dem Tod des Berechtigten (§ 102 Abs. 5 SGB VI); nur bereits fällige Ansprüche werden nach einer zwingenden „Erbfolgeordnung" gemäß §§ 56 ff. SGB I im Wege einer Singularsukzession vererbt. Allenfalls die gesetzliche Witwen- bzw. Witwer- und Waisenrente (§§ 46 ff. SGB VI) kann man als eine Form der indirekten Weitergabe des Sozialversicherungsvermögens deuten. Die Nichtvererbbarkeit des Sozialversicherungsvermögens schränkt freilich die Testierfreiheit erheblich ein, woran auch Donath erinnert.[65]

Ähnlich einschränkend sind heutzutage übrigens auch die Regelungen zur Weitergabe des vom Staat geförderten Altersvorsorgevermögens, etwa in Form der so genannten Riesterrente. Zwar handelt es sich bei dieser kapitaldeckungsfinanzierten Altersvorsorge meist um Vermögensgegenstände des Erblassers, welche dieser – soweit unverbraucht – im Wege der Erbfolge oder durch Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall transferieren kann. Übt allerdings der Erblasser seine Testierfreiheit aus (ggf. auch durch *will-substitutes* wie Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall) und gibt das Altersvorsorgevermögen nicht an bestimmte Angehörige weiter, konkret an den überlebenden Ehegatten (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 4 lit. c EStG), so ist die Förderung des Altersvorsorgevermögens zurückzuerstatten, vgl. § 93 EStG sowie ferner § 92a Abs. 2a Satz 5 EStG. Auf den ersten Blick ist es nicht einzusehen, warum der Erblasser bei der Weitergabe dieses privaten, wenn auch staatlich geförderten Vorsorgevermögens nicht genauso frei ist wie im Erbrecht allgemein. Bei näherem Hinsehen ist freilich dem Staat, wenn er die private Altersvorsorge fördert, eine Mitsprache einzuräumen, insbesondere bei der Frage, wem diese Förderung zugutekommen soll. Es lässt sich durch-

[64] Ebd. 136 (§ 4 II. 2.).

[65] Etwa ebd. 143 f. (§ 4 II. 3. a aa).

aus rechtfertigen, dass der Staat nur die Altersvorsorge beim privat vorsorgenden Erblasser und seinem Ehegatten bezuschusst, nicht aber bei den Kindern, soweit diese nicht selbst vorsorgen. Gerade mit der Chancengleichheit und dem Leistungsprinzip wäre es schwer vereinbar, wenn Kinder eines Erblassers mit privater Altersvorsorge nicht nur vom übrig gebliebenen Vorsorgevermögen, sondern auch von einer staatlichen Förderung des Verhaltens ihrer Eltern profitieren würden.

V. Positive Begründung der Testierfreiheit?

Wie bereits angedeutet, setzt Donath die Testierfreiheit als etwas rechtspolitisch grundsätzlich Wünschenswertes voraus. Ist das – diese ketzerische Frage muss auch in einem Band, der die Freiheit im Titel trägt, gestattet sein – wirklich zutreffend?

Dass die Testierfreiheit Ausprägung der Privatautonomie und damit einer der Grundpfeiler unseres Privatrechts ist, lässt sich ernstlich kaum bestreiten. Diese Freiheit wurde seit Hugo Grotius[66] sogar immer wieder naturrechtlich untermauert.[67] Die Testierfreiheit folgt dem „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen".[68] Selbst wenn der Erblasser durch seine Zuwendungen die Begünstigten mit Pflichten oder Obliegenheiten belastet, etwa im Wege des Vermächtnisses, der Bedingung oder der Auflage, so wird nicht in die Privatautonomie der Begünstigten eingegriffen. Jede erbrechtliche Zuwendung ist, selbst wenn mit Pflichten oder Obliegenheiten belastet, nur ein Angebot an die Erben, über dessen Annahme sie frei entscheiden können.[69] Denn die Begünstigten können, etwa als Erben nach § 1942 Abs. 1 BGB, die Erbschaft ausschlagen und damit einer jeden Belastung durch die Zuwendung den Boden entziehen. Aus Sicht der Zuwendungsempfänger greifen damit prozedurale Mechanismen, die funktional jenen beim Vertragsschluss nicht unähnlich sind, wie etwa auch Immanuel Kant („Die Beerbung ist die Uebertragung […] der Habe und des Guts eines Sterbenden auf den Ueberlebenden durch Zusammenstimmung des Willens beyder"[70]) und Henry Sidgwick („Indeed, a bequest made and accepted under conditions may be regarded as a kind of contract between the dead and the

---

[66] *Hugo Grotius,* De jure belli ac pacis (Paris 1625) Buch II Kap. 6 § XIV.

[67] Bis ins 20. Jahrhundert hinein, siehe etwa *Viktor Cathrein,* Moralphilosophie, Bd. II[6] (Leipzig 1924) 339.

[68] *Werner Flume,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft[4] (Berlin u.a. 1992) 1.

[69] Etwa *Thomas Gutmann,* Freiwilligkeit als Rechtsbegriff (München 2001) 211.

[70] *Immanuel Kant,* Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (Frankfurt u.a. 1797) 134 (§ 34).

living“[71]) betonen, um nur zwei prominente Stimmen zu Wort kommen zu lassen.

Jedenfalls im Verhältnis zwischen Erblasser und Begünstigtem entfaltet damit die einseitig ausgeübte Testierfreiheit des Erblassers auch eine Richtigkeitsgewähr, selbst wenn bemerkenswerterweise gerade Walter Schmidt-Rimpler, der bekanntlich diesen Topos geprägt hat, dies in Frage stellt.[72] Auch die Tatsache, dass die Erben die Bedingungen des Testaments mit dem Erblasser regelmäßig nicht aushandeln können, ändert nichts an der grundsätzlichen Richtigkeitsgewähr der letztwilligen Verfügung, wie ein Seitenblick auf Allgemeine Geschäftsbedingungen oder andere standardisierte Verträge zeigt, wo die andere Partei ebenfalls vor der Alternative „take it or leave it“ steht. Denn, wie ein anderer Basedow-Schüler für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen treffend formuliert: Der Anbietende, sei es der Verwender von AGB oder der Erblasser, muss den „Interessenausgleich, der sich sonst als Resultat eines Verhandlungsprozesses einstellt, bereits bei der Formulierung der […] Konditionen“ vorwegnehmen.[73] Ansonsten besteht die Gefahr, dass die andere Partei, hier der letztwillig Begünstigte, das Angebot ausschlägt, zumal beim Erbgeschehen keine Möglichkeit zum Nachverhandeln besteht.

Die Richtigkeitsgewähr der vom Erblasser ausgeübten Testierfreiheit besitzt freilich ihre Grenzen. Zunächst teilt die Testierfreiheit zwei allgemeine Schwächen des Vertragsschlussmechanismus: Zwar sind die Begünstigten formal bei ihrer Entscheidung über das Angebot frei, aber womöglich liegen tatsächlich, gerade im familiären Kontext, die Voraussetzungen für eine echte Entscheidungsfreiheit nicht vor.[74] Es kann damit im Erbrecht wie im Vertragsrecht allgemein über eine Materialisierung der Entscheidungsfreiheit nachgedacht werden.[75] Auch gilt es, wie bei jeder Ausübung der Privatautonomie, bestimmte Freiheitsräume der Beteiligten zu wahren, über welche diese nicht disponieren dürfen.[76] In diesem Kontext sind Themen anzusiedeln wie etwa die Frage nach einer Inhaltskontrolle von Ebenbürtigkeitsklauseln in Testamenten von Angehörigen ehemals hochadliger Häuser.[77] Solche Klauseln wären in einem Vertrag genauso problematisch wie in einem Testament.

---

[71] *Henry Sidgwick,* The Elements of Politics (London u.a. 1891) 94.

[72] *Walter Schmidt-Rimpler,* Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130, 156 Fn. 32, wonach das Testament nur eine eingeschränkte Richtigkeitsgewähr besitzen soll („bedürfen […] einer besonders scharfen Richtigkeitsprüfung“). Richtig ist indes, dass die Verfügung von Todes wegen im Hinblick auf die erbrechtlichen Funktionen und Ziele des Gesetzgebers keine Richtigkeitsgewähr entfaltet, siehe unten im Text vor Fn. 79.

[73] *Matteo Fornasier,* Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (Berlin 2013) 41.

[74] *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 326 ff.

[75] Nachdrücklich etwa *Anne Röthel,* Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010) 32, 44 f.

[76] *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 142 f., 329 ff.

Echte *erbrechtsspezifische* Schwächen der Testierfreiheit bestehen jedenfalls dann, wenn der Gesetzgeber mit der generationenübergreifenden Weitergabe von Vermögen auch gesellschafts-, wirtschafts- und familienpolitische Ziele erreichen möchte. Ist es etwa Ziel des Erbrechts, die Vermögensweitergabe zum Element der Solidarität innerhalb von Nähebeziehungen zu machen oder durch die Weitergabe des Vermögens an einen geeigneten Nachfolger für eine erbrechtliche Kontinuität schützenswerter Einheiten zu sorgen, dann entfaltet die Ausübung der Testierfreiheit durch den Erblasser nur eine sehr eingeschränkte Richtigkeitsgewähr. Zwar besitzt der Erblasser einen Informationsvorsprung vor dem Gesetzgeber – ein Vorsprung, der allein den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit rechtfertigen könnte (oben III. 2.). Allerdings weist die von Adam Hirsch und William Wang anschaulich als „father knows best"-Hypothese[78] bezeichnete Überlegenheitsannahme zahlreiche Schwachpunkte auf, wenn es um die gerechte Weitergabe des Vermögens geht: Gerade bei der Frage, in welcher Nähebeziehung eine erbrechtliche Solidarität in welchem Umfang geboten oder welches Mitglied der Gesellschaft zur Fortführung des Unternehmens am besten geeignet wäre, entfaltet die Entscheidung des Erblassers eine sehr eingeschränkte Richtigkeitsgewähr, zumal der Erblasser bei der Ausübung seiner Testierfreiheit auch Ziele verfolgen kann, die nicht mit den Zielen des Erbrechtsgesetzgebers konform gehen.[79]

Aus Sicht eines Gesetzgebers, der mit der Ausgestaltung seines Erbrechts Ziele in Gesellschaft, Wirtschaft und Familie verfolgt, ist damit die Testierfreiheit der schwächste Mechanismus. Dennoch kann die Testierfreiheit vom Gesetzgeber bewusst eingesetzt werden, um mittelbar erbrechtliche Ziele zu erreichen. Die Testierfreiheit kann Teil einer Anreizstruktur sein und beim Erblasser und den potentiell Begünstigten Anreize zu einem gewünschten Verhalten setzen, wie auch Roland Donath in seiner Habilitationsschrift mit dem Hinweis auf die „psychologische Funktion" des Erbrechts andeutet:[80] So wird die Testierfreiheit bereits seit Langem als ein Hauptelement einer erbrechtlichen Motivation des Erblassers gesehen, die den Erblasser zur Produktivität und Sparsamkeit anhält. Ohne die Möglichkeit, über den Nachlass frei zu verfügen, könnte der Antrieb des Erblassers zu wirtschaftlicher Aktivität nachlassen, wenn sein Vermögen für die eigenen Bedürfnisse ausreicht.[81] Aus

[77] Hierzu BVerfG 22.3.2004 – 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008.

[78] *Adam Hirsch/William Wang,* A Qualitative Theory of the Dead Hand, Ind. L. J. 68 (1992) 1, 12.

[79] Zur begrenzten Richtigkeitsgewähr der vom Erblasser ausgeübten Testierfreiheit im Hinblick auf die erbrechtlichen Funktionen und Ziele *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 412 ff. (zur erbrechtlichen Solidarität), 530 f. (zur erbrechtlichen Kontinuität), vgl. auch 257 ff. (zur erbrechtlichen Umverteilung) und 369 ff. (zur erbrechtlichen Aktualisierung).

[80] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 84 Fn. 14 (§ 4 II. 2.).

[81] Siehe etwa *Jeremy Bentham,* Principles of the Civil Code [1786], in: The Works of Jeremy Bentham, Bd. I, hrsg. von John Bowring (Edinburgh 1843) 338 (Teil II Kap. 4).

dieser Vererbungsmotivation speist sich auch die populäre Erwägung, dass, wenn der Erblasser sein Vermögen hart erarbeitet, um es zu vererben, dann auch aus dem Eigentum die Testierfreiheit folgen müsse.[82] Die Testierfreiheit gibt aber auch den potentiellen Erben einen Anreiz, etwa ebenfalls zu Produktivität und Sparsamkeit, wenn sie wegen der Testierfreiheit zu Lebzeiten des Erblassers nicht mit ererbtem Vermögen rechnen können, oder zum Altruismus in der Familie sowie zur Qualifikation als am besten für die Nachfolge geeignete Person, wenn der Erblasser unerwünschtes Verhalten oder fehlende Qualifikation mit dem Entzug erbrechtlicher Erwartungen ahnden kann.[83]

VI. Schluss

Der Streifzug durch Roland Donaths beeindruckende Studie belegt, warum die Beschäftigung mit dem Erbrecht hervorragend in das Konzept der Basedow-Schule passt, übrigens ein Rechtsgebiet, von dem John Stuart Mill schreibt, dass es ökonomisch neben dem Vertragsrecht das wichtigste Gebiet einer jeden Privatrechtsordnung sei.[84] Jenseits der Dogmatik, die im Erbrecht besonders reizvoll ist, lädt dieses Rechtsgebiet zum rechtspolitischen Nachdenken ein und fordert einen globalen Blick auf das ganze Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtssystem. Die Regelung der Rechtsnachfolge von Todes wegen umfasst mehr als das Erbrecht im formalen Sinne, wie es bei uns im fünften Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu finden ist. Die Bedeutung der §§ 1922 ff. BGB kann nur erfassen, wer auch die Erbschaftsteuer, außererbrechtliche Transfers unter Lebenden und von Todes wegen und generationenübergreifende Vermögensbindungen in den Blick nimmt.

Der Tod eines jungen Menschen erregt stets außerordentliche Betroffenheit, selbst wenn man den Verstorbenen persönlich nicht gekannt hat. Bei Roland Donaths Tod kommt noch die besondere Tragik hinzu, dass er die Früchte seiner großen Arbeit nicht mehr der Fachöffentlichkeit präsentieren konnte. Seine Habilitationsschrift wäre sicherlich auf große Resonanz gestoßen, wenn man bedenkt, welchen Aufschwung bereits einige Jahre nach Donaths Tod das Erbrecht in Wissenschaft und Praxis erlebt hat. Die enorme ökonomische Bedeutung der generationenübergreifenden Vermögensweitergabe heute hat Roland Donath freilich bereits damals erahnt.[85] Persönlich bleibt nach der Lektüre der Schrift das Bedauern, einen sehr klugen Kollegen mit ähnlichen Interessen nicht kennengelernt zu haben.

---

[82] Vgl. *Dutta,* Warum Erbrecht? (Fn. 2) 155.

[83] Etwa ebd., 236 f., 422 ff., 530 f.

[84] *John Stuart Mill,* Principles of Political Economy, Bd. II^{7} (London 1871) 497: „The portions of the civil law of a country which are of most importance economically […] are those relating to the two subjects of Inheritance and Contract".

[85] *Donath,* Erbrecht und Erbschaftsteuer (Fn. 5) 10 ff.

Teil II

Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht

Mehr Freiheit wagen auf dem Markt der Daten

Voraussetzungen und Grenzen eines Marktmodells für „big data“

Axel Metzger

I. Einleitung

Jürgen Basedow hat sich schon früh für verschiedene nationale und internationale Märkte interessiert. Seit den späten 1970er Jahren schrieb er zu Handelsvertretern, den verschiedenen Transportmärkten, dem Markt für Rechtsberatung, den Versicherungsmärkten, dem Rabattgesetz, Factoring, den verschiedenen Dienstleistungsmärkten, den freien Berufen, den Energiemärkten sowie zu allgemeinen Fragen der Marktregulierung, der Wettbewerbspolitik, des Kartellrechts, der Grundfreiheiten, des AGB- und Verbraucherrechts sowie zum (europäischen) Vertragsrecht. Dieses – auch biographisch bedingte Interesse – am Handel und an den Märkten zieht sich wie ein breiter roter Faden durch seine lange Liste viel gelesener und viel zitierter Veröffent-

lichungen. Es darf deswegen angenommen werden, dass auch die neuerdings ins Blickfeld der Wissenschaft geratenen Märkte für Daten sein Interesse finden werden. Trotz aller Warnungen vor einer Kommerzialisierung der eigenen Persönlichkeit tauschen Verbraucher tagtäglich ihre personenbezogenen Daten gegen Dienstleistungen ein. Die hierauf basierenden Märkte für Daten sind längst eröffnet, auch wenn der europäische Gesetzgeber erst jetzt mit Verspätung beginnt, die regulatorischen Rahmenbedingungen zu setzen. Zusätzliches Interesse gebührt den aktuellen Gesetzgebungsverfahren in Brüssel, weil sie von der Kommission anstelle des bislang wichtigsten Projekts des europäischen Privatrechts – des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts – auf die politische Agenda gesetzt worden sind.[1] Die digitale Transformation des Privatrechts ist deswegen heute in aller Munde. Zentral sind hierbei die verschiedenen Märkte für Daten. Der folgende Beitrag versucht, insoweit der methodischen Breite des Jubilars verpflichtet, einen holistischen Blick auf das Geschehen zu werfen, der Vertragsrecht, Wettbewerbsrecht, Marktregulierung sowie die mögliche Rolle von (geistigen) Eigentumsrechten miteinander verbindet.

II. Verträge über personenbezogene Daten

1. Altes Paradigma und neue Datenschutz-Grundverordnung

Verbraucher (bzw. „Betroffene" oder „betroffene Personen" in der Terminologie des Datenschutzrechts) setzen heute vielfach ihre personenbezogenen Daten als Gegenleistung in Verträgen ein.[2] Sie bekommen Onlinedienste aller Art, wie Suchmaschinen, Social-Media-Plattformen oder Messenger-Dienste, und digitale Inhalte, wie Spiele, Software, Filme oder Musikdateien, scheinbar kostenlos zur Verfügung gestellt, sofern sie bereit sind, aktiv ihre Daten preiszugeben oder dem Vertragspartner zumindest die passive Sammlung ihrer Daten zu gestatten.

Rein faktisch setzen Verbraucher ihre personenbezogenen Daten damit als Leistung in einem Austauschverhältnis ein. Versteht man dieses Austauschverhältnis im Sinne eines Vertrags „Dienst gegen Daten", mit Rechten und Pflichten beider Vertragsparteien, so steht dies im Widerspruch zu einer paternalistischen Tradition im Vertragsrecht, die Vertragsparteien vor Verträgen

---

[1] Siehe zum Zusammenhang COM(2014) 910 final, Annex II, Nr. 60.

[2] Siehe zum Folgenden bereits ausführlich *Axel Metzger,* Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016) 817–865. Vgl. jetzt auch *Christian Berger,* Property Rights to Personal Data? – An Exploration of Commercial Data Law, ZGE 2017, 340–355, 340 ff.; *Louisa Specht,* Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763–770.

über Persönlichkeitsrechte schützen möchte. In der Rechtsprechung[3] und der älteren Zivilrechtslehre findet sich vielfach das Prinzip „Persönlichkeitsrechte sind unübertragbar".[4] Unter diesem Prinzip versammeln sich die Fallgruppen von vermögenswerten Positionen, die ihrer Natur nach nicht auf andere übertragen werden können, wie Urlaubsansprüche oder Unterhalts- und Rentenansprüche,[5] mit anderen Fallgruppen, bei denen Privatpersonen im besonders sensiblen Bereich der Persönlichkeitsrechte vor unvorteilhaften Verträgen geschützt werden sollen.[6]

Handelt der Verbraucher nicht selbstbestimmt, weil er über die Tragweite des Geschäfts nicht ausreichend informiert worden ist oder seine Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so sind Verträge über Daten in der Tat problematisch. Ein „weicher" Paternalismus ist weithin anerkannt und muss als Grenze für vertragliche Bindungen auch in einer Marktordnung akzeptiert werden.[7] Liegen dagegen die Voraussetzungen für eine freie und selbstbestimmte Entscheidung vor, so ist ein Schutz von Verbrauchern vor Rechtsgeschäften im Bereich des Datenschutzes ethisch und rechtlich kaum zu rechtfertigen. Wer alle Informationen zur Verfügung hat, um eine informierte Entscheidung zu treffen, und zudem uneingeschränkt geschäftsfähig ist, sollte vom Recht nicht daran gehindert werden, Dispositionen über seine personenbezogenen Daten zu treffen.[8] Ein Schutz vor sich selbst im Sinne eines „harten" Paternalismus

---

[3] Vgl. bspw. BGH 1.12.1999 – I ZR 49/97, BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich: „Soweit die Persönlichkeitsrechte dem Schutz ideeller Interessen dienen, sind sie unauflöslich an die Person ihres Trägers gebunden und als höchstpersönliche Rechte unverzichtbar und unveräußerlich, also nicht übertragbar und nicht vererblich."

[4] Aus der älteren Literatur *Karl Larenz,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[7] (München 1989) 240 und bei *Andreas von Tuhr,* Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I (Berlin 1910) 219; die klassische Formulierung findet sich noch heute etwa bei *Heinz Georg Bamberger,* in: BeckOK BGB (München, Stand: 1.5.2018) § 12 Rn. 118.

[5] Vgl. die Übersicht zu höchstpersönlichen oder personengebundenen Ansprüchen bei *Günther H. Roth/Eva-Maria Kieninger,* in: Münchener Kommentar zum BGB (München 2016) § 399 Rn. 7 ff.

[6] BeckOK BGB/*Bamberger* (Fn. 4) § 12 Rn. 118.

[7] Dies dürfte weithin unbestritten sein, s. *Horst Eidenmüller,* Effizienz als Rechtsprinzip[4] (Tübingen 2015) 359; *Wolfgang Enderlein,* Rechtspaternalismus und Vertragsrecht (München 1996) 19; *Klaus U. Schmolke,* Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht (Tübingen 2014) 24 ff. und 912.

[8] Um die verschiedenen Formen des Paternalismus hat sich mittlerweile eine breite, international geführte Grundsatzdebatte entwickelt, die hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden kann. S. hierzu nur *Horst Eidenmüller,* Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814–821, 814; *Stephan Kirste,* Harter und Weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, JZ 2011, 805–814, 805; *Schmolke,* Grenzen (Fn. 7) 9 ff., 174 ff., jeweils m.w.N.

ist weder verfassungsrechtlich geboten[9] noch gibt es ein ehernes Dogma des Zivilrechts, welches jedwede Rechtsgeschäfte im Bereich des Persönlichkeitsrechts verbieten würde.[10]

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), die ab dem 25. Mai 2018 anzuwenden ist, nimmt gleichwohl eine deutlich restriktive Linie ein. Artikel 7 regelt die Einwilligung in die Datenverarbeitung. In Abs. (4) lit. d heißt es: „Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“[11] Die Regelung beruht auf einem Grundverständnis, welches einen vertraglichen Austausch von Leistungen gegen personenbezogene Daten per se als Ausdruck eines Ungleichgewichts ansieht, obwohl gerade auch der Abschluss eines Vertrags Ausdruck der Privatautonomie des Verbrauchers sein kann, sofern die Voraussetzungen für eine selbstbestimmte Entscheidung gegeben sind. Allerdings ist das sogenannte Kopplungsverbot in Art. 7(4) nicht als ausnahmsloser Tatbestand formuliert, sondern lässt Raum für eine umfassende Beurteilung der Freiwilligkeit der Zustimmung des Verbrauchers. Die Vorschrift wird in der Literatur denn auch nicht als Ausschluss jedweder Verbindung von Datenverarbeitung und Gegenleistung verstanden.[12] Vielmehr dürfte darauf abzustellen sein, ob eine Zwangslage für den Verbraucher besteht oder ob es die Möglichkeit des Ausweichens auf kostenpflichtige Angebote desselben Anbieters oder vergleichbare Dienste anderer Anbieter gibt.[13] Auch kommt der Information über das Ausmaß der Datenverarbeitung gem. Art. 13–15 DSGVO eine maßgebliche Bedeutung zu.

---

[9] Vgl. hierzu *Christian Hillgruber,* Der Schutz des Menschen vor sich selbst (Berlin 1992) 109; *Kirste,* JZ 2011, 805, 813.

[10] S. bereits *Metzger,* Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht (München 2002) 105 ff. m.w.N.

[11] S. auch Erwgr. 43 a.E.

[12] Wie hier *Peter Schantz,* Die neue Datenschutzgrundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, 1841–1847, 1845. Vgl. auch *Eike Michael Frenzel,* in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (München 2017) Art. 7 Rn. 18–21; *Kai-Uwe Plath,* BDSG/DSGVO (München 2016) Art. 7 Rn. 14–16. Wohl zu eng *Jan Phillip Albrecht,* Das neue EU-Datenschutzrecht – Von der Richtlinie zur Verordnung, CR 2016, 88–98, 91: „[...] dass die Einwilligung in der Regel nicht frei erfolgen kann, wenn sie zur Bedingung für die Ausführung eines Vertrages gemacht wird“. Ähnlich auch Erwgr. 43 („gilt nicht als freiwillig erteilt“). Der ursprüngliche Vorschlag des Europäischen Parlaments ging über die jetzige Fassung hinaus („Die Erfüllung eines Vertrags oder die Erbringung einer Dienstleistung darf nicht von der Einwilligung in eine Verarbeitung von Daten abhängig gemacht werden [...]“), siehe Legislative Entschließung vom 12.3.2014, 2012/0011(COD), C7-0025/2012.

Einzubeziehen ist zudem, dass die Einwilligung des Verbrauchers gem. Art. 7(3) DSGVO stets frei widerruflich ist. Kurzum: Die Unwirksamkeit eines Vertrags ist allenfalls als *ultima ratio* in Betracht zu ziehen. Maßgeblich ist, ob die Zustimmung freiwillig erteilt wurde oder nicht.

2. Neues Paradigma: „Richtlinie über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“

Der Vorschlag der Europäischen Kommission vom 9. Dezember 2015 für eine „Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“[14] leitet hier nun einen Paradigmenwechsel ein. Er vollzieht auf der normativen Ebene nach, was auf der faktischen Ebene bereits seit langem gelebte Vertragspraxis ist.[15] In Art. 3(1) des Richtlinienvorschlags heißt es: „Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt.“ Die Kommission erteilt damit der Vorstellung scheinbar kostenloser Internetdienste eine Absage, die in Wirklichkeit von der Nutzung der personenbezogenen Daten ihrer Nutzer leben und hieraus beachtliche Unternehmensgewinne generieren. Erwägungsgrund 14 stellt dabei klar, was sich die Kommission unter einer aktiven Überlassung von Daten vorstellt. Hierunter sollen zwar Daten und auch Fotos des Verbrauchers fallen, die dieser im Rahmen einer „individuellen Registrierung oder auf der Grundlage eines Vertrags, der den Zugang zu Fotos des Verbrauchers gestattet“, überlässt, nicht aber solche Daten, die der Anbieter „für die vertragsgemäße Funktionsweise digitaler Inhalte benötigt, beispielsweise Angaben zum geografischen Standort, die für das ordnungsgemäße Funktionieren einer mobilen Anwendung erforderlich sind. Ebenso wenig solle die Richtlinie gelten in Fällen, in denen die Datenerhebung ausschließlich der Erfüllung rechtlicher Anforderungen dient, beispielsweise wenn die Registrierung des Verbrauchers zu Sicherheits- und Identifizierungszwecken gesetzlich vorgeschrieben ist. Diese Richtlinie soll nach Vorstellung der Kommission auch nicht in Fällen gelten, in denen der Anbieter Informationen einschließlich personenbezogener

---

[13] So der ursprüngliche Vorschlag des Rates, siehe die allgemeine Ausrichtung des Rates vom 11.6.2015, 2012/0011(COD), 9565/15, Erwgr. 34, die den Hintergrund der jetzigen Regelung bildet.

[14] COM(2015) 634 final.

[15] S. hierzu die Ergebnisse der DIVSI-Studie „Daten – Ware und Währung“, Hamburg 2014, abrufbar unter <www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/11/DIVSI-Studie-Daten-Ware-Waehrung.pdf>, S. 16, nach der 67% der Befragten auf die Frage „Welche Formen des Bezahlens für Internetangebote kennen Sie?“ die Antwort „Eingabe meiner persönlichen Daten und Zustimmung zur Verwertung“ wählten.

Daten wie z.B. die IP-Adresse oder sonstige automatisch generierte Informationen wie durch Cookies gesammelte und übermittelte Informationen erhebt, ohne dass der Verbraucher diese aktiv bereitstellt, wobei das Akzeptieren von Cookies durch den Verbraucher nicht als aktives Bereitstellen von Informationen zählt.“ Ein Ausschluss der für die Vertragsdurchführung erforderlichen Daten findet sich in Art. 3(4) des Vorschlags.

Das Konzept der Bereitstellung von Daten als Gegenleistung ist nach dem Vorschlag der Kommission damit stark begrenzt. Dies wird in der Literatur[16] und in Stellungnahmen zum Richtlinienvorschlag[17] zu Recht kritisiert. Auch wenn der Verbraucher passiv bleibt und die Erhebung seiner Daten durch den Anbieter lediglich duldet, hängen die Datenerhebung und -verarbeitung in aller Regel von der Einwilligung des Betroffenen ab. Zudem ist der wirtschaftliche Wert der durch den Anbieter selbst erhobenen Daten – etwa bei Geodaten oder bei Suchbegriffen – sehr erheblich. Auch bei der bloß passiven Duldung der Datenerhebung findet also ein Austausch Dienst gegen Daten statt.

Zwischenzeitlich haben sich die anderen europäischen Institutionen zu dem Vorschlag positioniert. Die zahlreichen Änderungsanträge im Entwurf des Berichts des Rechtsausschusses vom 15. Februar 2017[18] bestätigen ganz überwiegend die Einbeziehung von personenbezogenen Daten als Gegenleistung und fordern zum Teil auch die Einbeziehung von Daten, die der Diensteanbieter von passiven Verbrauchern sammelt.[19] Von besonderem Interesse ist die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten vom 14. März 2017[20], der zwar einerseits ganz in der Tradition des alten Paradigmas die Kommerzialisierung von Daten ablehnt,[21] andererseits aber doch den Verbraucherschutz bei (scheinbar) kostenlos gewährten Diensten stärken möchte.[22] Mittlerweile liegt auch die allgemeine Ausrichtung des

---

[16] S. *Gerald Spindler,* Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze, MMR 2016, 147–153, 149 f.

[17] Der Rat der Europäischen Union hat Zweifel an einer Verengung auf die aktive Datenpreisgabe, s. die erste Stellungnahme des Rates vom 2.6.2016, 2015/0287 (COD), Anlage, Nr. 14. Kritisch auch *European Law Institute,* Statement on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers (Wien 2016) 3 und 15 f., abrufbar unter <https://www.europeanlawinstitute.eu/>.

[18] Rechtsausschuss, Entwurf eines Berichts vom 15.2.2017 (Evelyne Gebhardt, Axel Voss), 2015/0287(COD), PE592.444v01-00, Änderungsanträge 442–456 mit Ausnahme der Anträge 444, 445 und 447.

[19] Rechtsausschuss (Fn. 18) Änderungsanträge 442, 446, 449 und 452.

[20] Opinion 4/2017 of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content vom 14.3.2017, abrufbar unter <https://edps.europa.eu/>.

[21] Und den Handel mit Daten rhetorisch verunglückt mit dem Organhandel vergleicht, den man auch nicht legalisieren solle, nur weil er faktisch stattfinde, Opinion 4/2017 (Fn. 20) Rn. 17.

[22] Opinion 4/2017 (Fn. 20) Rn. 29 ff.

Rates vom 1. Juni 2017[23] vor, welche zwar die Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten zur Kenntnis genommen hat, gleichwohl aber die Einbeziehung personenbezogener Daten als Gegenleistung befürwortet und sogar die Einbeziehung von Daten andeutet, die der Diensteanbieter durch Cookies oder Ähnliches sammelt, sofern dies nach nationalem Recht zum Abschluss eines Vertrags führt.[24] Die klar erkennbare Tendenz im Trilogverfahren geht also in Richtung der Einbeziehung personenbezogener Daten als vertraglicher Gegenleistung, wobei die Einzelheiten des Vertragsschlusses (und auch die Rechtsfolgen für den Diensteanbieter) der mitgliedstaatlichen Ebene überlassen bleiben sollen.[25]

Noch nicht abschließend geklärt ist das Verhältnis der Richtlinie zum Kopplungsverbot in Art. 7(4) DSGVO. Der Richtlinienvorschlag geht zwar gem. Art. 3(8) und Erwgr. 22 ausdrücklich von einem Vorrang der europäischen Datenschutzregelungen aus. Die allgemeine Anerkennung eines Austauschverhältnisses Dienst gegen Daten in Art. 3(1) der Richtlinie steht jedoch in Widerspruch mit der restriktiven Position der Datenschutz-Grundverordnung. Die Lösung dieses Normenkonflikts dürfte darin liegen, die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses durch den Verbraucher auch bei einem Vertragsschluss sicherzustellen. Zum einen sind die Datenschutz-Richtlinien oder -Erklärungen des Anbieters im Hinblick auf die Informationspflichten gem. Art. 12 ff. DSGVO zu überprüfen und bei Verstößen § 307 Abs. 1 BGB anzuwenden.[26] Auf diese Weise können unzureichende Informationen mit den Mitteln des Vertragsrechts sanktioniert und Informationsasymmetrien beseitigt werden.[27] Zudem muss durch einen ausreichenden Wettbewerb zwischen verschiedenen Angeboten,[28] die auch durchaus vom gleichen Dienst – einmal mit, einmal kostenpflichtig ohne Datenerhebung[29] – angeboten werden können,

---

[23] Rat der Europäischen Union, Allgemeine Ausrichtung vom 1.6.2017, Anlage 1, 2015/0287(COD), 9901/17 ADD 1.

[24] Allgemeine Ausrichtung vom 1.6.2017 (Fn. 23) Fn. 15.

[25] Vgl. hierzu im Einzelnen *Metzger,* AcP 216 (2016) 817–865 m.w.N.

[26] S. aus der jüngeren Rspr. KG 24.1.2014 – 5 U 42/12, CR 2014, 319 = BeckRS 2014, 03648 zu einzelnen Datenschutzbestimmungen von Facebook, insb. unter V.; s. auch grundlegend BGH 19.9.1985 – III ZR 213/83, BGHZ 95, 362 – Schufaklausel; BGH 23.1.2003 – III ZR 54/02, MMR 2003, 389.

[27] Vgl. hierzu eher skeptisch *Yoan Hermstrüwer,* Contracting Around Privacy – The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data, JIPITEC 8 (2017) 9–26, Rn. 31–37.

[28] Siehe hierzu *Heike Schweitzer,* Neue Machtlagen in der digitalen Welt?, Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen, in: Regulierung, Wettbewerb, Innovation – Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht (Baden-Baden 2017) 269, 291 ff.

[29] Siehe hierzu zuletzt *Maxilian Becker,* Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 2017, 170–181 sowie *ders.,* Reconciliating Data Privacy and Trade in Data – A Right to Data-avoiding Products, ZGE 2017, 371–393, 371 ff.

und durch niedrige Transaktionskosten beim Wechsel von einem Anbieter[30] zum anderen sichergestellt werden, dass Verbraucher beim Abschluss von Verträgen tatsächlich frei und selbstbestimmt agieren können. Ist dies der Fall, so ist der Abschluss eines Vertrags über die Verarbeitung personenbezogener Daten auch freiwillig im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung. Anders gewendet: Wenn auf dem Markt für Daten mehr Freiheit gewagt werden soll, so müssen auch die Bedingungen für einen funktionierenden Markt gegeben sein.

III. „Big data": Verträge über Maschinendaten und andere Datensammlungen

1. Anwendungsbeispiele und datenschutzrechtliche Einordnung

Mit dem Bild von den „Daten als Öl des 21. Jahrhunderts" wird weniger die individuelle Überlassung von personenbezogenen Daten an einen Diensteanbieter beschrieben als die Verarbeitung von größeren Datenmengen, so genannter „big data". Die Europäische Kommission hat im Januar 2017 eine einschlägige Mitteilung zum „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft" vorgelegt.[31] Welche wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Potentiale in der Verarbeitung großer Datenmengen liegen, lässt sich heute nur erahnen. Als Beispiel können etwa die Daten genannt werden, die moderne Pkws über ihre Nutzer sammeln (können), etwa wann der Pkw wie gefahren worden ist, wie viele Insassen zu welcher Zeit mitgefahren sind und – besonders relevant – welche Routen zu welchen Zeiten mit welchen Geschwindigkeiten gefahren wurden. Das LG Köln hat 2016 in einem Strafprozess[32] die Log-Daten eines Carsharing-Moduls verwendet, um einen Täter der fahrlässigen Tötung zu überführen. In dem Verfahren wurde gezeigt, dass das Carsharing-Modul eine lückenlose Speicherung unterschiedlichster Daten, u.a. von GPS-Positionen und Geschwindigkeiten, vornimmt. Dies zeigt das Potential moderner IT-Ausrüstung von Kraftfahrzeugen nicht nur für staatliche Stellen. Die zunehmende Ausrüstung von Hausgeräten und Konsumgütern mit Informationstechnologie und ihre Vernetzung im so genannten „Internet der Dinge" wird

[30] S. hierzu *Chris Jay Hoofnagle/Jan Whittington,* Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price, UCLA Law Review 61 (2014) 606–670, 612 ff. Vgl. auch *Benedikt Buchner,* Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht (Tübingen 2006) 179 ff.

[31] Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft" vom 10.1.2017, COM(2017) 9 final.

[32] LG Köln 23.5.2016 – 113 KLs 34/15, ZD 2017, 192. S. hierzu auch *Frederik Bockslaff/Oliver Kader,* Umfangreiche Datenspeicherung bei Carsharing-Anbietern – Möglichkeit zur Erstellung von Bewegungsprofilen und rechtliche Probleme, ZD 2017, 166–170, 166.

die Flut großer und wirtschaftlich relevanter Datenmengen weiter anwachsen lassen. Ein oft zitiertes Beispiel bieten die Daten, die Traktoren und andere Landmaschinen über den Ackerboden und die Klimabedingungen sammeln.[33] Es liegt auf der Hand, dass diese Daten für Landmaschinenhersteller, Saatgutproduzenten und Agrarchemieunternehmen von großem wirtschaftlichen Wert sind. Ähnliche Beispiele finden sich heute überall in unserer technisch hochgerüsteten Wirtschaft, etwa wenn Windkraftanlagen Daten sammeln etc.

Ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen entsprechende Datensammlungen wirtschaftlich verwertet werden können, hängt von der Frage ab, ob es sich um personenbezogene Daten handelt. Ist dies der Fall, so hängt die Verarbeitung, Übermittlung und Verbreitung von der Einwilligung des Betroffenen ab, sofern nicht einer der eng gesteckten gesetzlichen Ausnahmetatbestände greift, siehe Art. 6 und 7 DSGVO. Als personenbezogene Daten definiert Art. 4 Nr. 1 der Verordnung „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden ‚betroffene Person') beziehen“, bevor eine recht weite Bestimmung der „identifizierbaren Person“ folgt. Der EuGH hat 2016 – allerdings noch zur alten Datenschutz-Richtlinie aus dem Jahr 1995 – ebenfalls einen weiten Begriff der identifizierbaren Person angenommen und dynamische IP-Adressen, die letztlich nur der Accessprovider bestimmten natürlichen Person zuordnen kann, als personenbezogene Daten eingestuft.[34] Wendet man diesen Maßstab auf die genannten Beispielfälle an, so werden viele „Maschinendaten“ am Ende doch dem Datenschutzrecht unterfallen, etwa die in Kraftfahrzeugen oder Haushaltsgeräten gespeicherten Daten. Für eine wirtschaftliche Auswertung bedarf es hier entweder der Einwilligung (aller) Betroffenen oder die Daten müssen vollständig anonymisiert werden, so dass jede Rückverfolgbarkeit auf bestimmte Personen ausgeschlossen ist.[35] Dagegen fehlt den von Traktoren oder Landmaschinen gesammelten Daten über den Ackerboden oder die Klimabedingungen ebenso der Bezug zu einer Person wie den Daten aus einer Windkraftanlage.

2. *Vertragsgegenstand: Zugang zu den Daten*

Maschinendaten und Datensammlungen haben erheblichen Wert. Dieser kann jedoch nur ausgeschöpft werden, wenn die Teilnehmer des betreffenden Marktes Zugang zu den Daten bekommen und diese auch verarbeiten dürfen. Dies wirft zunächst die Frage auf, wer den Zugang zu den betreffenden Daten

---

[33] Das Beispiel wird diskutiert in der Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ (Fn. 31) 9.

[34] EuGH 19.10.2016 – Rs. C-582/14 (*Patrick Breyer ./. Bundesrepublik Deutschland*), ECLI:EU:C:2016:779. Siehe auch BGH 16.5.2017 – VI ZR 135/13, BGH NJW 2017, 2416.

[35] S. hierzu Erwgr. 26 DSGVO. Eine bloße Pseudonymisierung reicht dagegen nicht aus.

rein faktisch kontrolliert, wenn man vertragliche Regelungen zunächst einmal außer Betracht lässt. Dies wird im Beispiel des Pkw entweder der Pkw-Hersteller oder der Zulieferer sein, der die betreffende Komponente geliefert hat. Im Fall des LG Köln wurde der Kfz-Hersteller zur Herausgabe der Daten verpflichtet. Bei der Windkraftanlage, den Traktoren und den informationstechnisch ausgerüsteten Haushaltsgegenständen wird es ebenfalls entweder der Hersteller der Anlage bzw. des Geräts oder der Hersteller der betreffenden Komponente sein. Wollen andere Akteure Zugang zu den Daten erlangen, so brauchen sie die Zustimmung und Mitwirkung des Herstellers. Andererseits kann eine Datenverwertung auch an der fehlenden Mitwirkung des Eigentümers bzw. des Betreibers der Maschine oder Anlage scheitern, etwa wenn Daten wegen der großen Menge nur lokal ausgelesen werden können.

Die wirtschaftliche Verwertung der Daten setzt also die Zustimmung der den Zugang kontrollierenden Partei voraus. Damit rückt die Bedeutung des Vertragsrechts in den Mittelpunkt. Verträge sorgen nach dem Coase-Theorem dafür, dass vermögenswerte Gegenstände am Ende zu demjenigen Marktteilnehmer gelangen, der die größte Wertschöpfung aus dem Gegenstand erzielen kann. Nach Coases berühmtem Aufsatz „The Problem of Social Cost"[36] ist davon auszugehen, dass Güter unter den Bedingungen eines freien und transaktionskostenfreien Tausches letztlich effizient verteilt werden. Güter, die von einer Person auf eine andere Person übertragen werden können, werden am Ende bei der Person landen, die den höchsten Gewinn aus ihnen erzielen und deswegen den höchsten Preis auf dem Markt bezahlen kann.[37] Die unsichtbare Hand des Marktes sorgt für eine effiziente Allokation des Gutes. So dürften bspw. im Fall des Traktors die erhobenen Daten zwar von großem Wert für den Hersteller des Traktors sein. Für Saatgutproduzenten und Agrarchemieunternehmen dürften die Daten aber einen mindestens ebenso großen Wert haben. Um ihnen den Zugang zu den Daten zu gewähren, bedarf es eines Rechtsrahmens, der einen freien Austausch mit geringen Transaktionskosten ermöglicht.

3. Braucht es ein Immaterialgüterrecht an Daten?

In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgeworfen worden, ob es zur Etablierung eines Marktes für Maschinendaten der Einführung eines geistigen Eigentumsrechts an diesen Daten bedarf.

Die Frage würde sich erübrigen, wenn es bereits ein solches Schutzrecht im geltenden Recht gäbe. Zu denken ist hier vor allem an das Datenbank-

---

[36] *Ronald H. Coase,* The Problem of Social Cost, The Journal of Law & Economics 3 (1960) 1–44.

[37] Nach *Coase,* The Journal of Law & Economics 3 (1960) 1, 8 ist die effiziente Allokation des Gutes bei einem vollkommenen Markt dabei immer gleich (invariant), und zwar unabhängig davon, wem das Gut zuerst zugeordnet ist.

herstellerrecht gem. Art. 7 der Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, die auch nicht-schöpferische Sammlungen von Daten schützt, sofern sie systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit elektronischen Mitteln oder auf andere Weise zugänglich sind. Art. 7 verlangt jedoch für die Annahme eines Schutzrechts für den Hersteller einer Datenbank, „dass für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist". Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung *British Horseracing Board ./. William Hill* klargestellt, dass die Investition in Entsprechung des Wortlauts der Vorschrift in die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung der Inhalte fließen muss, während Investitionen in die Erzeugung der Daten außer Betracht bleiben.[38] Dies bedeutet, dass es zwar ein Datenbankherstellerrecht an aufbereiteten Daten geben kann, welches dann auch Grundlage für eine vertragliche Rechtseinräumung sein kann. Werden jedoch nicht weiter bearbeitete Rohdaten überlassen, so kann es an einer Investition in die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung der Daten fehlen.[39] Die Abgrenzung bei Maschinendaten ist allerdings schwierig und noch keineswegs abschließend ausgelotet, da man hier auch mit guten Gründen vertreten kann, dass vorbestehende (also nicht erst erzeugte) Daten kostspielig beschafft werden.[40]

Die Unsicherheiten bei der Einordnung von Datensammlungen und Rohdaten nach der Datenbank-Richtlinie und der faktischen Kontrolle der Hersteller oder Diensteanbieter über die Daten haben die Europäische Kommission zu der Frage geführt, ob neue „Rechte des Datenerzeuger" eingeführt werden sollten, durch die dem Eigentümer oder Besitzer der Anlage oder des Geräts das Recht gewährt wird, nicht personenbezogene Daten zu nutzen oder anderen deren Nutzung zu gestatten.[41] Ein solcher Schritt sollte wohlüberlegt sein. Immaterialgüterrechte sollen Anreize für die Produktion kreativer Inhalte oder Technologien schaffen.[42] Sie sollen dafür sorgen, dass klar umrissene

---

[38] EuGH 9.11.2004 – Rs. C-203/02 *(The British Horseracing Board Ltd. u.a. ./. William Hill Organization Ltd.),* ECLI:EU:C:2004:695, Leitsatz 1.

[39] S. *Herbert Zech,* „Industrie 4.0" – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151–1160, 1157 f. So auch die Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft" (Fn. 31) 11.

[40] Eingehend *Andreas Wiebe,* Schutz von Maschinendaten durch das sui-generis-Schutzrecht für Datenbanken, GRUR 2017, 338–345, 340 ff.; *Kirsten Johanna Schmidt/Herbert Zech,* Datenbankherstellerschutz für Rohdaten?, CR 2017, 417–426, 421 ff. Siehe jetzt auch *Matthias Leistner,* Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform, in: Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, hrsg. von Sebastian Lohsse/Reiner Schulze/Dirk Staudenmayer (Baden-Baden 2017) 27 ff.

[41] S. Mitteilung der Kommission, „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft" (Fn. 31) 14.

[42] Zum klassischen Anreizparadigma s. *Kenneth Arrow,* Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in: The Rate and Direction of Inventive Activity:

Rechte auf den Märkten gehandelt werden können, weil die Rechtsinhaber Zugang gewähren können und gleichwohl gegen eine nicht-autorisierte Verbreitung vorgehen können.[43] Sie helfen zudem dabei, den Wert von immateriellen Unternehmenswerten zu quantifizieren, etwa wenn Start-ups Kapitalgeber überzeugen wollen.[44] Alle diese Funktionen von Immaterialgüterrechten beruhen jedoch auf der Prämisse des Marktversagens.[45] Neue Schutzrechte sollten nur eingeführt werden, wenn es ohne diese Schutzrechte keine ausreichenden Anreize für die Produktion gibt, wenn der Zugang der anderen Akteure auf dem Markt nicht auch mit anderen Mitteln (hierzu sogleich) gesichert werden kann oder wenn Unternehmenswerte nicht anders bewerten können. Für ein solches Marktversagen auf dem Markt für Maschinendaten und andere Datensammlungen fehlt bislang aber jeder Nachweis.[46] Es ist offenkundig, dass es den Akteuren nicht an Anreizen fehlt, Daten aller Art zu produzieren und zu sammeln. Auch fehlt bislang der empirische Beleg für die Annahme, dass das Fehlen von Schutzrechten ein Hindernis für den Abschluss von Verträgen über Maschinendaten darstellt. Gleiches gilt für die Annahme, Kapitalgeber könnten den Wert von datenintensiven Geschäftsmodellen ohne eigenes Schutzrecht nicht richtig bemessen. Ohne den Nachweis eines Marktversagens sollten Gesetzgeber keine neuen Schutzrechte einführen. Denn ist ein solches Schutzrecht erst einmal eingeführt worden, ist seine spätere Abschaffung mit hohen rechtlichen und ökonomischen Hürden verbunden und dadurch quasi ausgeschlossen.[47]

Economic and Social Factors, hrsg. von National Bureau of Economic Research (Cambridge, Mass., 1962) 609–626; *Steven Shavell,* Foundations of Economic Analysis of Law (Harvard 2004) 137–174.

[43] Siehe bspw. *Edmund W. Kitch,* The Nature and Function of the Patent System, The Journal of Law & Economics 20 (1977) 265–290, 275 ff. sowie *Christine Godt,* Eigentum an Information (Tübingen 2007) 555 ff.

[44] Siehe bspw. *Stuart J. H. Graham/Robert P. Merges/Pamela Samuelson/Ted. M. Sichelman,* Berkeley Technology Law Journal 24 (2009) 255–327.

[45] S. speziell für die Diskussion über ein Datennutzungsrecht *Wolfgang Kerber,* A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? – An Economic Analysis, GRUR Int. 2016, 989–999, 993. Siehe auch „Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's 'Public consultation on Building the European Data Economy'", Rn. 8, abrufbar unter <https://www.ip.mpg.de/en/publications/>.

[46] Deutlich in diesem Sinne *Kerber,* GRUR Int. 2016, 989, 993. Siehe auch *Andreas Christians/Michael Lipien,* The Consequences of Digitalization for German Civil Law from the National Legislators Point of View, ZGE 2017, 331–339, 331 ff.; *Louisa Specht,* Property Rights Concerning Personal Data, ZGE 2017, 411–415, 411 ff.; *Andreas Wiebe,* A New European Data Producers' Right for the Digital Economy?, ZGE 2017, 394–398, 394 ff.

[47] So schon *Fritz Machlup,* Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Int. 1961, 524–537, 537: „Gäbe es bei uns keinen Patentschutz, so wäre es nach der gegenwärtigen Kenntnis seiner wirtschaftlichen Folgen unverantwortlich, die Annahme eines

Die Einführung eines Immaterialgüterrechts an Daten ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt ökonomisch also nicht geboten. Gleichwohl wird in der Literatur vereinzelt die Einführung eines solchen Rechts für personenbezogene Daten gefordert, um den Betroffenen eine Beteiligung an den Umsätzen zu ermöglichen, die mit ihren Daten generiert werden.[48] Die Anklänge an die persönlichkeitsrechtliche Tradition im Urheberrecht liegen hier auf der Hand, welche ebenfalls auf die Bindung des Werks an die Person des Urhebers als rechtfertigendes Argument für die Zuerkennung eines Schutzrechts rekurriert hat.[49] Diesem Ansatz ist allerdings entgegenzuhalten, dass es im 18. und 19. Jahrhundert nicht um die Schaffung eines neuen Rechts, sondern um die Zuordnung der bereits früher existenten Schutzrechte an geistigen Werken zu ihrem Schöpfer, dem Urheber, ging.[50] Auch erscheint es als zweifelhaft, allein wegen des Umstands des Personenbezugs von Informationen die Einführung eines eigentumsähnlichen Rechts zu fordern.[51] Die informationelle Selbstbestimmung ist durch das Datenschutzrecht geschützt. Auch kann der Betroffene, wie oben gezeigt, Verträge schließen und von den Gegenleistungen profitieren. Eines zusätzlichen Anreizes oder gar einer Belohnung durch die Anerkennung eines Immaterialgüterrechts bedarf es hierfür nicht.

Patentgesetzes zu empfehlen. Da wir aber seit langer Zeit ein Patentgesetz haben, wäre es nach unserem gegenwärtigen Kenntnisstand ebenso unverantwortlich, seine Abschaffung zu empfehlen.“ Ähnlich auch die Evaluierung der Datenbank-Richtlinie durch die Kommission im Jahr 2005, „DG Internal Markt First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases“ vom 12.12.2005: „On the other hand, even if a piece of legislation has no proven positive effects on the growth of a particular industry, withdrawal is not always the best option. Removing the ‘sui generis’ right and thereby allowing Member States to revert to prior forms of legal protection for all forms of ‘non-original’ databases that do not meet the threshold of ‘originality’, might be more costly than keeping it in place.“

[48] S. *Buchner,* Informationelle Selbstbestimmung (Fn. 30) 202 ff.; *ders.,* Is there a Right to One’s Own Personal Data?, ZGE 2017, 416–419, 416 ff.; *Karl-Heinz Fezer,* Dateneigentum, MMR 2017, 3–5; *Artur-Axel Wandtke,* Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, MMR 2017, 6–12, 6. Zu den Folgefragen, die sich aus der Einführung eines solchen Rechts ergeben würden, bspw. im Bereich von erforderlichen Schutzrechtsschranken, siehe *Herbert Zech,* Building a European Data Economy – The European Commission’s Proposal for a Data Producer’s Right, ZGE 2017, 317–330, 317 ff.

[49] So *Fezer,* MMR 2017, 3, 4 f.

[50] Vgl. nur *Martin Vogel,* in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht[5] (München 2017) Einl. Rn. 120 ff.

[51] So auch dezidiert *Zech,* Information als Schutzgegenstand (Tübingen 2012) 219 f.; *ders.,* GRUR 2015, 1151, 1154 f.

IV. Portabilität, Interoperabilität, Zugangsrechte

Ergibt sich damit eine maximale Wertschöpfung aus personenbezogenen Daten und Maschinendaten bereits automatisch, wenn man auf die Kräfte des Marktes vertraut? Die Antwort ist nach jetzigem Stand der Erkenntnis ein „Ja, aber". Die Anwendung eines Marktmodells dürfte als Ausgangspunkt jedenfalls für nicht personenbezogene Daten unbestritten sein. Lehnt man, wie oben dargestellt, einen harten „Paternalismus" im Sinne eines Schutzes vor sich selbst ab, so ist der Ausgangspunkt für personenbezogene Daten letztlich der gleiche. Verbraucher und Unternehmer sollten die Freiheit haben, Verträge über ihre personenbezogenen Daten oder die von ihnen gesammelten Daten zu schließen. Dies ist Ausdruck von Selbstbestimmung und sorgt für eine effiziente Verwendung der Daten. Aber: ein solches Modell kann nur funktionieren, wenn die Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Markt gegeben sind. Das Coase-Theorem basiert auf mehreren Prämissen, namentlich der Prämisse eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt sowie der modellhaften Annahme, dass die Transaktionskosten für die gehandelten Güter bei null liegen. Das weitere Problem der asymmetrischen Informationen der Vertragsparteien[52] stellt sich vor allem bei Verträgen zwischen Verbrauchern und Diensteanbietern und wurde bereits oben angesprochen.

1. Sicherung des Wettbewerbs durch Zugangsrechte

a) Zugangsrechte nach allgemeinem Kartellrecht

Eine der zentralen Bedingungen für die effiziente Allokation von Gütern nach Coase ist, dass die Vertragsparteien unter Bedingungen vollkommener Konkurrenz agieren.[53] Dies ist in einer modellhaften Betrachtung denkbar, unter realen Bedingungen aber faktisch ausgeschlossen. Für die Datenmärkte stellt sich das besondere Problem, dass der Zugang zu Daten technisch beschränkt ist auf das Unternehmen, dass die Daten erfasst und sammelt und seine Systeme entsprechend sichert. Kann man sich auch hier auf die Kräfte des Marktes verlassen oder muss das Recht punktuell eingreifen, und den Zugang zu Daten ermöglichen, um Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen?

Als Ausgangspunkt liegt hier das Kartellrecht nahe. Einige Märkte für Internetdienste, die sich über das Sammeln und Verwerten der Daten ihrer Kunden direkt oder indirekt refinanzieren, sind durch marktbeherrschende

---

[52] S. hierzu allgemein *Andreas Nicklisch/Niels Petersen,* Vertragstheorie, in: Ökonomische Methoden im Recht, hrsg. von Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen (Tübingen 2010) 121 ff.; *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott,* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts[5] (Berlin u.a. 2012) 80.

[53] *Coase,* The Journal of Law & Economics 3 (1960) 1.

Unternehmen oder Oligopole geprägt. Man denke etwa an den Markt für Internetsuchmaschinen,[54] wobei nicht automatisch von einer dominanten Stellung auf einem Markt für angebotene Dienste auf den Markt der dadurch gesammelten Daten geschlossen werden sollte. Wenn es sich um Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen handelt, so ist das Wettbewerbsrecht berufen, missbräuchliche Verhaltensweisen zu verhindern, insbesondere auch im Hinblick auf unangemessene Geschäftsbedingungen oder Datenschutzpraktiken.[55] Die Erzwingung des Zugangs zu einem bestimmten Datensatz ist im Kartellrecht an enge Voraussetzungen geknüpft.[56] Der Inhaber von Daten muss auf einem bestimmten Datenmarkt marktbeherrschend sein. Zudem muss der Zugang zu den betreffenden Daten für den anderen Marktteilnehmer unentbehrlich sein.[57] Der Maßstab der Unentbehrlichkeit ist nach der Rechtsprechung des EuGH streng: Sie sollte jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn die Daten mit dem gleichen Aufwand nochmals gesammelt werden könnten.[58] Zugangsrechte für Wettbewerber dürften also vielfach an den engen Voraussetzungen des Art. 102 AEUV scheitern, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung zu bejahen ist. Es sind aber auch Fälle denkbar, bei denen Daten von Wettbewerbern nicht erneut gesammelt werden können, etwa wenn es um Fahrplandaten des öffentlichen Personenverkehrs geht.[59]

b) Zugangsrechte im Datenschutzrecht

Einen indirekten wettbewerbspolitischen Effekt haben Zugangsrechte im Datenschutzrecht. Verbraucher können durch die Speicherung umfangreicher Daten bei einem Dienst faktisch von einem Wechsel zu einem anderen Dienst abgehalten werden. Solche Lock-in-Effekte führen zu einer Behinderung des

---

[54] Das Bundeskartellamt geht für Deutschland von einem Marktanteil von 90–95% von Google bei Internetsuchdiensten aus, s. Bundeskartellamt, Beschluss vom 8.9.2015, Az. B6-126/14 – Google/VG Media, Rn. 21.

[55] S. hierzu eingehend *Heike Schweitzer/Thomas Fetzer/Martin Peitz,* Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper No. 16-042 vom 29.5.2016, abrufbar unter <ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16042.pdf>, 37 ff. Zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Verwendung unwirksamer AGB oder Datenschutzverstöße s. *Jens-Uwe Franck,* Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmissbrauch durch rechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, 137–165, 137; *Tobias Lettl,* Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB und Rechtsbruch, WuW 2016, 214–221, 214 ff.

[56] Hierzu eingehend *Josef Drexl,* Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft?, NZKart 2017, 415–421, 418 f.

[57] Vgl. EuGH 6.4.1995 – Rs. C-241/91 P und C-242/91 P *(Magill),* Slg. 1995, I-743 und EuG 17.9.2007 – Rs. T-201/04 *(Microsoft ./. Kommission),* Slg. 2007, II-3601.

[58] Vgl. hierzu EuGH 26.11.1998 – Rs. C-7/97 *(Bronner ./. Mediaprint),* Slg. 1998, I-7791.

[59] Dieses Beispiel verwenden *Heike Schweitzer/Martin Peitz,* Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf, ZEW Discussion Paper No. 17-043 vom 18.10.2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>, 82.

Wettbewerbs im Hinblick auf personenbezogene Daten zwischen den Diensten. So mag es bei einer ersten Entscheidung für den Beitritt zu einer sozialen Plattform für berufliche Kontakte noch verschiedene Anbieter geben, zwischen denen sich ein Nutzer entscheiden kann. Hat er einmal eine Wahl getroffen und jahrelang Kontakte und Daten auf dieser Plattform angesammelt, so ist für den Nutzer ein Wechsel auf eine andere Plattform mit erheblichen technischen Hürden verbunden, will er nicht die gespeicherten Kontakte und Daten verlieren. Die Möglichkeit eines Wechsels von einem Anbieter zu einem anderen wird bei personenbezogenen Daten durch spezielle Rechte gesichert. Art. 20 DSGVO sieht ein „Recht auf Datenübertragbarkeit" vor: „Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln […]." Gemäß Abs. (2) hat die betroffene Person sogar „das Recht, zu erwirken, dass die personenbezogenen Daten direkt von einem Verantwortlichen einem anderen Verantwortlichen übermittelt werden, soweit dies technisch machbar ist". Die Vorschrift dient nach Erwgr. 68 in erster Linie dazu, „im Fall der Verarbeitung personenbezogener Daten mit automatischen Mitteln eine bessere Kontrolle über die eigenen Daten zu haben". Die Pflicht zur Verwendung gängiger Formate und – noch deutlicher – der Anspruch auf die direkte Übertragung an einen anderen Dienst offenbart aber auch eine wettbewerbspolitische Stoßrichtung.[60] Diese gewährt allerdings nicht dem konkurrierenden Dienst selbst ein Zugangsrecht zu den Daten, was in Anbetracht des datenschutzrechtlichen Einwilligungsvorbehalts ohnehin nur mit Zustimmung des Betroffenen denkbar wäre. Der Effekt ist vielmehr ein mittelbarer: Die Verbraucher werden in die Lage versetzt, ihre Daten einem Wettbewerber anzuvertrauen, damit dieser in Wettbewerb mit dem bisherigen Diensteanbieter treten kann.

c) *Zugangsrechte bei digitalen Inhalten im B2C-Bereich*

Einen Schritt weiter geht die Portabilitätsregelung im Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte.[61] Art. 13(2) lit. c des Vorschlags sieht die Verpflichtung des Anbieters bei Beendigung des Vertrags vor, dem Verbraucher „die technischen Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm

---

[60] *Ruth Janal,* Data Portability – A Tale of Two Concepts, JIPITEC 8 (2017) 59–69 Rn. 4 m.w.N.; vgl. auch *Tobias Herbst,* in: Kühling/Buchner, DS-GVO (München 2017) Art. 20 Rn. 4; *Wulf Kamlah,* in: Plath, BDSG/DSGVO (Berlin 2016) Art. 20 Rn. 2; *Boris Paal,* in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (München 2017) Art. 20 Rn. 3.

[61] Oben Fn. 14.

bereitgestellten Inhalte und sonstige Daten wiedererlangen kann, die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, soweit der Anbieter diese Daten gespeichert hat". Dies muss unentgeltlich und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten innerhalb einer angemessenen Frist und „in einem allgemein gebräuchlichen Datenformat" erfolgen. Die Regelung betrifft also nicht nur personenbezogene Daten, sondern auch sonstige Daten und vom Verbraucher bereitgestellte Inhalte, bspw. Fotografien, Sammlungen (etwa Playlisten bei Musikstreamingdiensten) oder Audio- und Videodateien. Insoweit geht die Regelung über Art. 20 DSGVO hinaus. Zugleich bleibt sie aber auch hinter dieser Regelung zurück, weil sie nur bei Vertragsbeendigung eingreift.

Die Erwägungsgründe 39 und 46 des Vorschlags der Richtlinie über digitale Inhalte machen deutlich, dass die Zugangsrechte den Verbraucher vor Lock-in-Effekten schützen und damit den Wettbewerb zwischen verschiedenen Diensten absichern sollen.[62] Die Regeln sind gem. Art. 19 zwingend. Abweichungen zum Nachteil des Verbrauchers sind unwirksam. Die Stoßrichtung des Verbraucherschutzes erklärt, warum der Gesetzgeber nicht auf die Kräfte eines unregulierten Marktes vertraut. Zwar wäre es theoretisch denkbar, dass sich Verbraucher in einem funktionierenden Markt für den Anbieter entscheiden, der ihnen die großzügigeren Bedingungen bei Vertragsbeendigung anbietet. Verbraucher neigen aber dazu, die langfristigen Nachteile bei Verträgen zu unterschätzen und sich durch kurzfristige Vorteile „einfangen" zu lassen („Fast food"-Argument).[63] Zudem handelt es sich bei Vertragsbedingungen in AGB bekanntlich um einen Markt für Zitronen, auf dem Verbraucher die vorteilhaften Angebote nicht als solche wahrnehmen, was nach und nach zu einem Absinken des Niveaus bei den Wettbewerbern führt.[64] Im Verbraucherbereich sprechen deswegen gute Gründe für die Einführung zwingender Vertragsregeln zur Portabilität von Daten und Inhalten von Verbrauchern.

Kritisch zu bewerten ist, dass eine entsprechende Regelung bislang nicht auch für Waren vorgesehen ist, die im Schwerpunkt zwar körperliche Gegenstände sind, aber doch datenverarbeitende Einheiten besitzen, etwa Fitnesstracker. Diese sollen nach der Vorstellung der Kommission nicht der Richtlinie über digitale Inhalte, sondern allein der Richtlinie über „bestimmte ver-

---

[62] S. auch *Janal,* JIPITEC 8 (2017) 59 Rn. 5; *Gerald Spindler,* Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 219–224, 221 f.

[63] S. *Ian Brown,* The Economics of Privacy, Data Protection and Surveillance, in: Research Handbook on the Economics of the Internet, hrsg. von Johannes M. Bauer/Michael Latzer (Cheltenham 2014) 247–261, 247 ff.; *Yoan Hermstrüwer,* Informationelle Selbstgefährdung (Tübingen 2016) 296 ff.

[64] *Schäfer/Ott,* Lehrbuch (Fn. 52) 422. Siehe hierzu auch *Jürgen Basedow,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2016) Vorbemerkung vor § 305 BGB Rn. 6.

tragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren“ unterfallen, die keine vergleichbaren Regeln für die Bereitstellung der Daten nach Vertragsende vorsieht. Die Regelung passt nicht zum „Internet der Dinge“, bei dem immer mehr Alltagsgegenstände Daten sammeln und verarbeiten.[65]

d) Sektorspezifische Zugangsrechte im B2B-Bereich

Zugangsrechte zu Daten finden sich nicht nur im Bereich personenbezogener Daten oder bei Verbrauchern, sondern auch in einzelnen Sektoren des B2B-Bereichs, namentlich im Automobilsektor, und zwar hier als direkte Zugangsrechte von Unternehmen auf nachgelagerten Märkten.[66] Art. 6 der Verordnung 715/2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge[67] sieht eine Verpflichtung der Hersteller vor, „unabhängigen Marktteilnehmern über das Internet mithilfe eines standardisierten Formats uneingeschränkten und standardisierten Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen auf leicht und unverzüglich zugängliche Weise“ zu gewähren. Die Regelung soll sicherstellen, dass gegenüber dem Zugang der autorisierten Händler und Reparaturbetriebe für die unabhängigen Werkstätten keine Diskriminierung stattfindet. Die Verordnung schreibt hierfür die Verwendung eines konkreten, offenen Dateiformats (OASIS) vor.[68] Gemäß Art. 7 dürfen Hersteller hierfür eine angemessene Gebühr verlangen, die allerdings nicht abschreckend wirken darf. Die Regelungen sind im Kontext der wettbewerbspolitischen Ziele der Kommission für Kfz-Anschlussmärkte, insbesondere für Wartung und Reparatur, zu sehen, die auch mit der Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung[69] umgesetzt werden.[70] Die Kommission sieht den Wettbewerb zwischen Vertragswerkstätten und unabhängigen Werkstätten als gefährdet an, wenn der Zugang der unabhängigen Werkstätten zu Ersatzteilen und technischen Informationen behindert wird.[71] Die Zugangs-

---

[65] Kritisch *European Law Institute,* Statement (Fn. 17) 10–12; *Karin Sein,* What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods?, JIPITEC 8 (2017) 96–110 Rn. 40 ff.

[66] Zum Folgenden siehe *Drexl,* NZKart 2017, 339–345, 344.

[67] Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vom 20.6.2007, ABl. 2007 L 171/1.

[68] Kritisch hierzu aus Industriesicht *Sebastian Petrausch,* Die Zukunft des Automobilvertriebs und damit verbundener Dienstleistungen im EU-Recht unter Compliance-Gesichtspunkten, CCZ 2008, 144–148, 144 ff.

[69] Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27.5.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. 2010 L 129/52.

[70] Vgl. *Petrausch,* CCZ 2008, 144 ff.

[71] Erwgr. 13 a.E. der Verordnung 461/2010, oben Fn. 69.

regeln sichern also den Wettbewerb auf einem benachbarten Markt, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 102 AEUV, insbesondere eine Marktbeherrschung, nachgewiesen werden müssen.

e) Zugangsrechte für den B2B-Bereich verallgemeinern?

Sollte man entsprechende Zugangsrechte auch für andere Datensammlungen einführen? Wenn ja, für welche Marktakteure (oder Behörden[72]) und unter welchen Bedingungen? Die Diskussion steht hier noch sehr am Anfang. Nimmt man das Coase-Theorem als Ausgangspunkt, so sorgen bereits die Märkte für effiziente Zugangsregeln. Dies soll im Folgenden anhand der oben genannten Beispiele illustriert werden.

Im Beispiel des Landmaschinenherstellers, der technisch als einziger Zugang zu den Boden- und Klimadaten hat, die die Landmaschine bei der Arbeit auf dem Acker sammelt, sollte man auf ein Marktmodell vertrauen dürfen. Will der Saatguthersteller Zugang zu den Daten, um die von ihm gezüchteten oder vermehrten Pflanzen an die Bedingungen besser anzupassen, so können Vertragsverhandlungen zu einer effizienten Verteilung der Daten führen. Der Landmaschinenhersteller hat keinen Grund, den Zugang zu den Daten bei einer entsprechenden Gegenleistung zu versagen. Rechnet sich die Datenerfassung schon wegen der besseren Marktposition der optimierten Landmaschinen, so wird er bereit sein, dem Saatguthersteller auch schon für einen relativ niedrigen Preis Zugang zu gewähren. Warum sollte er auf den Zuverdienst verzichten, wenn ihm nicht ein anderer Saatguthersteller einen höheren Preis für einen exklusiven Zugang zu den Daten zahlt? Ist der Landmaschinenhersteller dagegen auf eine Amortisation durch die Gegenleistung des Saatguthterstellers angewiesen, kann die Preisvorstellung eine andere sein. Aus der Sicht des Saatguthterstellers wird sich der Preis am erwarteten Nutzen des Datenzugangs ausrichten. Dabei wird es auch eine Rolle spielen, ob der Saatguthersteller auf andere Anbieter ausweichen kann, etwa auf die Daten anderer Landmaschinenhersteller oder auf Daten, die Landwirte direkt sammeln. Es spricht einiges dafür, dass im Verhältnis der Landmaschinenhersteller und der Agrarchemieunternehmen tatsächlich der Markt für einen Zugang zu Datensammlungen sorgen wird. Gleiches sollte im Grundsatz auch im Verhältnis von Landmaschinenherstellern und Landwirten gelten. Dies gilt umso mehr, wenn man sich vom romantischen Bild des Kleinbauers löst und in den Blick nimmt, dass es sich heute vielfach um größere, von Agronomen geleitete Unternehmen mit hochmodernen Maschinenparks handelt.

Das Beispiel der Windkraftanlage liegt auf den ersten Blick ähnlich. Die Hersteller von Windkraftanlagen sammeln über Sensoren an den Anlagen viel-

---

[72] Hierzu *Max Planck Institute for Innovation and Competition,* Position Statement of 26 April 2017 (Fn. 45) Rn. 28.

fältige Daten über den Wind, über den Zustand der Windturbine, aber auch über Wellengang bei Offshore-Anlagen und über weitere Klimadaten.[73] Die Daten sind nicht nur von Interesse, um die Steuerung der Anlage zu optimieren. Sie dienen zugleich als Ausgangsinformationen für die Errichtung neuer Anlagen. Da die Daten technisch zunächst einmal vom Hersteller der Anlage erfasst und gesammelt werden, stellt sich auch hier die Frage, ob und unter welchen Bedingungen die Hersteller den Betreibern der Anlagen Zugang zu den Daten verschaffen. Genügt hier das Vertrauen auf den Markt oder braucht es einen regulatorischen Eingriff? Aus der Sicht des Herstellers der Anlage sichert der alleinige Zugriff auf die Daten auch das Monopol auf benachbarten Märkten, insbesondere bei der Reparatur und Wartung der Anlagen. Die Daten sind zugleich auch für die Steuerung „smarter" Windparks und damit letztlich auch für den erfolgreichen Betrieb der Anlagen selbst erforderlich. Gegenwärtig sind die Märkte einerseits für die Herstellung und andererseits für den Betrieb von Windkraftanlagen jeweils durch intensiven Wettbewerb gekennzeichnet.[74] Wie sich hier die Verhältnisse im Zeitalter von „big data" weiterentwickeln werden, lässt sich allerdings nur schwer prognostizieren.

Kurzum: Nach gegenwärtiger Lage der Dinge wird es vielfach an den Voraussetzungen eines Missbrauchs gem. Art. 102 AEUV fehlen, wenn Unternehmen der Zugang zu „big data"-Datensammlungen verwehrt wird. Greift keiner der Tatbestände der bestehenden Zugangsrechte aus dem Datenschutz- und Verbraucherrecht, so sollte der Gesetzgeber nur bei einem deutlichen empirischen Nachweis für ein Marktversagen regulatorisch eingreifen, wie etwa im Automobilsektor geschehen. Wettbewerbsbehörden und Gesetzgeber sollten aber sorgfältig darauf achten, ob sich die Machtverhältnisse auf den Märkten durch „big data" verändern und ob sich Abhängigkeiten auf Nachbarmärkten ergeben.

Zudem sollte, in Anlehnung an die Portabilitätsregeln in der Datenschutz-Grundverordnung und der geplanten Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte, auch für den B2B-Bereich ernsthaft über die Einführung von Regelungen nachgedacht werden, die bei der Vermeidung von Lock-in-Effekten im Hinblick auf Unternehmensdaten helfen. Auch im B2B-Bereich würde es den Wettbewerb befördern, wenn Unternehmen einen Anspruch gegen die Anbieter von Informationstechnologie hätten, bei Vertragsbeendigung die dem Anbieter übermittelten oder in den Kundensystemen abgelegten Unternehmensdaten „in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren

---

[73] Siehe bspw. den Bericht der Deutschen Welle vom 31.10.2016, „Windkraft: Mehr Effizienz durch Big Data", abrufbar unter <http://www.dw.com/de/windkraft-mehr-effizienz-durch-big-data/a-36211691>.

[74] Vgl. Marktanalyse – Windenergie an Land, 18.2.2015, hrsg. vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, abrufbar unter <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/studie-windernergie-an-land.html>.

Format zu erhalten“, so wie es Art. 18(1) DSGVO vorsieht.[75] Dies würde mittelbar für den Zugang zu Daten durch Wettbewerber sorgen.

2. Transaktionskosten

Eine weitere Prämisse des Coase-Theorems, neben der vollkommenen Konkurrenz, ist, dass die Kosten der Transaktionen bei null liegen.[76] Bei oberflächlicher Betrachtung spielen Transaktionskosten beim Austausch von Daten gegen Dienste keine Rolle, weil die Übermittlung von Daten mit nur geringen Kosten verbunden ist. Bezieht man aber die nach Vertragsschluss entstehenden Kosten mit ein, verändert sich das Bild. Ex-post-Transaktionskosten können sich immer dann ergeben, wenn ein späterer Wechsel zu einem anderen Dienst technisch oder auf andere Weise erschwert wird (Lock-in-Effekte).[77] Bezieht man die späteren Wechselkosten mit ein, so kann dies den Gewinn erheblich reduzieren. Die Datenschutz-Grundverordnung sowie der Vorschlag für eine Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte versuchen, wie bereits gezeigt, entsprechende Effekte durch die Einführung von zwingenden Rechten des Verbrauchers (insbesondere bei Vertragsbeendigung) abzumildern. Für den B2B-Bereich fehlt es bislang an entsprechenden Regeln. Unternehmen, die ihre Daten in die „Cloud“ eines anderen Anbieters legen oder ihre Datenverarbeitung ganz „outsourcen“, müssen sich mit klaren vertraglichen Regelungen vor entsprechenden Lock-in-Effekten schützen.

3. Informationsasymmetrien

Ein primär vertragsrechtliches Problem liegt in den asymmetrischen Informationen der Vertragsparteien.[78] Das Problem betrifft vor allem Verbraucher, deren Daten verarbeitet werden, aber durchaus auch Unternehmen, wenn diese gar nicht die Information erhalten, dass ihre Dienstleister Daten erfassen und sammeln. Drexl schlägt die Einführung einer allgemeinen Informationspflicht vor, die als Teil eines sich entwickelnden Datenvertragsrechts geregelt werden sollte.[79] Für eine solche Informationspflicht sprechen in der Tat gute Gründe, weil auch Unternehmen als Kunden von Informationstechnologiediensten wegen der Komplexität der Produkte und Dienstleistun-

---

[75] Noch einen Schritt weiter ginge eine gesetzliche Pflicht zur Verwendung offener Standards, vgl. hierzu *Felix Greve,* Die staatliche Gewährleistungsverantwortung für offene Standards (Baden-Baden 2015) passim. Ähnlich auch *Gerald Spindler,* Data and Property Rights, ZGE 2017, 399–405, 399 ff., der für eine allgemeine Interoperabilitätsregel plädiert.

[76] *Coase,* The Journal of Law & Economics 3 (1960) 1, 15 ff., 19.

[77] S. hierzu eingehend *Hoofnagle/Whittington,* UCLA Law Review 61 (2014) 606, 612 ff. Vgl. auch *Buchner,* Informationelle Selbstbestimmung (Fn. 30) 179 ff.

[78] S. hierzu allgemein *Nicklisch/Petersen,* Vertragstheorie (Fn. 52) 121 ff.; *Schäfer/Ott,* Lehrbuch (Fn. 52) 80.

[79] *Drexl,* NZKart 2017, 415, 418.

gen und der geheim gehaltenen Algorithmen nicht erkennen können, welche Daten im Einzelnen erfasst und verarbeitet werden. Wer aber nicht weiß, welche Daten er preisgibt und wie diese weiterverarbeitet werden, kann auch nicht den Wert seiner überlassenen Daten erkennen.

V. Fazit

Kann man also mehr Freiheit wagen auf dem Markt für Daten? Die Antwort muss beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung lauten: Ja, aber die Rahmenbedingungen müssen stimmen! Ein Marktmodell für personenbezogene Daten setzt voraus, dass die Verbraucher über die Datensammlung und -verarbeitung umfassend, aber zugleich übersichtlich und transparent informiert werden, um bewusste Entscheidungen zu treffen. Zudem ist ein Marktmodell nur denkbar, wenn Verbraucher zwischen verschiedenen Diensten oder zwischen datenintensiven und datensparsamen Angeboten desselben Anbieters wählen können. Schließlich gilt es, Lock-in-Effekte zu verhindern, so dass Verbraucher den Anbieter wechseln können und ihre Daten ohne Überwindung technischer Hürden mitnehmen können. Der europäische Gesetzgeber (und die Wettbewerbsbehörden) haben sich auf den Weg gemacht, die genannten Rahmenbedingungen zu schaffen. Das Ziel eines funktionsfähigen Marktes ist aber noch nicht erreicht. Gleichwohl verdient die Initiative der Kommission Zustimmung, mit dem Richtlinienvorschlag über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte nunmehr einen Paradigmenwechsel einzuleiten. Der Markt für personenbezogene Daten mit all seinen Dysfunktionalitäten ist faktisch schon lange eröffnet. Das Vertragsrecht darf den Verbraucher nicht schutzlos den Anbietern ausliefern. Für die Märkte für Datensammlungen stellen sich naturgemäß andere Probleme, weil Verbraucher hier nicht unmittelbar beteiligt sind. Plänen für die Einführung von neuen Immaterialgüterrechten für „big data“ ist nach momentaner Lage eine Absage zu erteilen. Datensammlungen sind in vielen Fällen bereits *de lege lata* auf Grundlage der Datenbank-Richtlinie aus dem Jahr 1996 geschützt. Aber auch dort, wo die Richtlinie nicht greift, wird „big data“ erzeugt und gehandelt. Es scheint also genügend Anreize zu geben. Im B2B-Bereich stellt sich allerdings die Frage, ob jenseits der heute bereits anerkannten, sektorspezifischen Rechte auf Zugang zu Datensammlungen weitere, allgemeine Zugangsrechte erforderlich sind. Der Gesetzgeber sollte hier zunächst die weitere Entwicklung abwarten. Stand heute fehlt der empirische Nachweis für ein Marktversagen. Erwogen werden sollten aber weniger einschneidende Maßnahmen, um den Wettbewerb auf den Datenmärkten zu befördern. Insbesondere sollten überall dort Regelungen zur Portabilität geschaffen werden, wo Lock-in-Effekte den Wettbewerb verhindern. Auch sollten Informationspflichten bei der Erhebung von Unternehmensdaten in Betracht gezogen werden.

Mehr Freiheit wagen im Arbeitsrecht?

Matteo Fornasier

I. Einleitung: (Vertrags-)Freiheit und Arbeitsrecht

Mehr *Freiheit* wagen im Arbeitsrecht! – Mehr Freiheit wagen im *Arbeitsrecht?*

Das Arbeitsrecht und die Vertragsfreiheit stehen in einem unverkennbaren Spannungsverhältnis zueinander. Überspitzt könnte man sagen, das Arbeitsrecht sei geradezu ein natürlicher Feind der Vertragsfreiheit.

Historisch betrachtet entwickelte sich das Arbeitsrecht moderner Prägung, als mit der Abschaffung der ständischen Ordnung und dem Beginn der Industrialisierung die Erbringung von Arbeitsleistungen zum Gegenstand freier privater Verträge wurde.[1] Zuvor war das Arbeitsverhältnis ganz überwiegend ein Statusverhältnis. Der Zugang zum Beruf, der Lohn und die übrigen Arbeitsbedingungen wurden – namentlich durch die Zünfte – hoheitlich reguliert. Die geschuldete Arbeitsleistung wurde notfalls mithilfe der Polizei und der Strafgerichte erzwungen. Erst mit der Überwindung der feudalistisch-korpora-

---

[1] Zur Entstehung des modernen Arbeitsrechts und insbesondere zur Rolle der Vertragsfreiheit in diesem Kontext *Bruno Veneziani,* The Evolution of the Contract of Employment, in: The Making of Labour Law in Europe, hrsg. von Bob Hepple (London 1986) 31 ff.

tiven Gesellschaftsordnung und der Einführung der Gewerbefreiheit erreichte die Vertragsfreiheit das Arbeitsverhältnis und es konnte ein freier Arbeitsmarkt entstehen. Das Arbeitsverhältnis war nun privatisiert, sein Inhalt wurde autonom von den einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern als gleichberechtigten Verhandlungspartnern festgelegt. Doch die Gleichberechtigung war nur eine rechtlich-formale, tatsächlich diktierte der Arbeitgeber kraft seiner wirtschaftlichen Überlegenheit die Arbeitsbedingungen. In seinem Essay „Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses" aus dem Jahr 1928 bringt *Hugo Sinzheimer* die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht zu Beginn der Industrialisierung folgendermaßen auf den Punkt: „Die klassische Zeit des ‚freien Arbeitsvertrages' ist zugleich die Zeit der ‚freien Konkurrenz'. In ihr ist der einzelne völlig vom freien Markt abhängig. Die ‚natürlichen Gesetze' von Angebot und Nachfrage beherrschen ohne jede Hemmung auch die Lohn- und Arbeitsbedingungen, die keine Grenze nach unten finden, weil sie jedem Unterangebot preisgegeben sind."[2]

Vor diesem Hintergrund entwickelte sich das Arbeitsrecht mit dem Ziel, die Vertragsfreiheit zum Schutz des Arbeiters als schwächerer Vertragspartei zu beschränken. Das Arbeitsrecht ist also seiner originären Bestimmung nach freiheitsbeschränkend. Mehr Freiheit im Arbeitsrecht – so könnte man folglich meinen – bedeutet zwangsläufig weniger Arbeitsrecht.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass das Verhältnis zwischen Arbeitsrecht und Freiheit facettenreicher ist. Dies hängt damit zusammen, dass uns die Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht nicht nur auf individueller Ebene begegnet, also auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrags, sondern auch im Rahmen der kollektiven Arbeitsbeziehungen. Tarifautonomie ist nach überwiegendem Verständnis „kollektiv ausgeübte Privatautonomie" der Arbeitsvertragsparteien.[3] Auf dieser kollektiven Ebene ist das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regelmäßig aufgehoben, so dass die Gewährung größerer Gestaltungsfreiheit nicht unbedingt mit der Schutzfunktion des Arbeitsrechts in Konflikt geraten muss.

---

[2] Abgedruckt in: *Hugo Sinzheimer,* Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden, hrsg. von Otto Kahn-Freund und Thilo Ramm, Bd. I (Frankfurt am Main 1976).

[3] Siehe zu diesem Verständnis BAG 14.10.1997 – 7 AZR 811/96, NZA 1998, 778, 779 (unter 3.b)); BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 Rn. 40: „Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normsetzung ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie." Siehe aus dem neueren Schrifttum *Frank Bayreuther,* Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Tarifautonomie (München 2005) 57 ff.; *Thomas Dieterich,* Tarif- und Betriebsautonomie – ein Spannungsverhältnis, in: FS Reinhard Richardi (München 2007) 117, 118; *Felix Hartmann,* Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht (Tübingen 2014) 101 ff.; *Clemens Höpfner,* Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (Baden-Baden 2015) 308 ff.; *Thomas Lobinger,* Stärkung oder Verstaatlichung der Tarifautonomie?, JZ 2014, 810, 812.

Schließlich verdient noch ein weiterer Freiheitsaspekt Aufmerksamkeit. Neben dem Individual- und dem Kollektivvertrag sind nämlich der dritte wichtige Gestaltungsfaktor des Arbeitsverhältnisses die Arbeitsgesetze. Auf dieser Ebene stellt sich die Frage, inwieweit der (einfache) Gesetzgeber frei ist, das Arbeitsrecht nach seinen arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen zu gestalten. Zu untersuchen ist hier, ob insbesondere das Verfassungsrecht und seine Auslegung durch Rechtsprechung und Wissenschaft die Gestaltungsspielräume des Arbeitsgesetzgebers zu sehr einengen. Angesprochen ist damit eine Freiheitsdimension, die sich nicht auf die Privatautonomie bezieht, sondern auf die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

Im Folgenden sollen die drei genannten Aspekte der Freiheit im Arbeitsrecht – die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien auf individueller und kollektiver Ebene sowie die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers – genauer unter die Lupe genommen werden. Zuvor sei jedoch ein kurzer Blick auf die aktuelle Diskussion über die künftige Rolle des Arbeitsrechts geworfen.

II. Die „Entgrenzung“ des Arbeitsverhältnisses und die Frage nach der Zukunft des Arbeitsrechts

Die Frage nach dem richtigen Verhältnis von Freiheit und Zwang im Arbeitsrecht steht gegenwärtig wieder einmal im Fokus der Arbeitsrechtswissenschaft. Georg Annuß schrieb vor kurzem in seinem „Plädoyer für ein zukunftsfähiges Arbeitsrecht“: „Angesichts tiefgreifender Veränderungen der sozialen Wirklichkeit hat sich die Hauptaufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft mittlerweile von der Rechtsdogmatik zur Rechtspolitik verschoben. Von ihr werden Antworten erwartet auf die Frage, welche Anpassungen des arbeitsrechtlichen Regelungssystems angesichts der geänderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen geboten sind.“[4] Dieser Perspektivenwechsel mag – nebenbei bemerkt – erklären, warum *Jürgen Basedow,* dessen Emeritierung den Anlass für den vorliegenden Beitrag gab, dem Arbeitsrecht in den letzten Jahren ein gesteigertes Interesse entgegengebracht hat.

Mit den tiefgreifenden Veränderungen der sozialen Wirklichkeit, von denen Annuß spricht, ist neben der Internationalisierung vor allem die Digitalisierung der Arbeitswelt gemeint. Ein wichtiger Gesichtspunkt der digitalen Transformation ist die zunehmende Automatisierung von Arbeitsabläufen, welche bewirkt, dass in vielen Tätigkeitsbereichen Maschinen an die Stelle des Menschen treten und so die Beschäftigungschancen bestimmter Personen auf dem Arbeitsmarkt verringern.[5] Darüber hinaus führt der Einsatz digitaler Informations- und Kommunikationstechnologien zu einer „Entgrenzung“[6] des

---

[4] *Georg Annuß,* Plädoyer für ein zukunftsfähiges Arbeitsrecht, NZA 2017, 345.

Arbeitsverhältnisses in örtlicher und zeitlicher Hinsicht. Das Bild vom Arbeitnehmer, der sich morgens auf den Weg zur Arbeit macht, um 8.00 Uhr das Werkstor passiert, sich einstempelt, unter der Aufsicht des Vorgesetzten seine Arbeitsleistung erbringt, sich mittags in der Kantine mit seinen Kollegen austauscht, um dann um 18.00 Uhr Feierabend zu machen und wieder den Heimweg anzutreten – dieses Bild trifft immer weniger auf die reale Arbeitswelt zu.[7] Viele Arbeitsvorgänge können heutzutage am Computer oder gar am Handy an jedem beliebigen Ort und zu jeder beliebigen Zeit erledigt werden, etwa abends im Café oder am Sonntagnachmittag zuhause auf dem Balkon. Um ein gänzlich fiktives Beispiel zu nennen: Man kann heute – die Flexibilität und das Vertrauen seines Chefs vorausgesetzt – Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sein und seinen Lebensmittelpunkt im bayerischen Alpenvorland haben.

Der durch die Digitalisierung eingeleitete Wandel der Arbeitswelt eröffnet Chancen und Risiken zugleich: Chancen, weil er die Autonomie der Lebensgestaltung des Arbeitnehmers erweitert; Risiken, weil aus der Entgrenzung der Arbeit die Gefahr einer überobligatorischen Inanspruchnahme des Arbeitnehmers folgt. Vor diesem Hintergrund wird aktuell intensiv darüber diskutiert, ob und gegebenenfalls wie das Arbeitsrecht umzugestalten ist, damit die Arbeitsvertragsparteien die Freiräume nutzen können, die ihnen der technologische Fortschritt bietet, ohne dass dabei jedoch der soziale Schutz des Arbeit-

---

[5] Für viel Aufsehen sorgte in diesem Zusammenhang die Studie von *Carl Benedikt Frey/ Michael A. Osborne,* The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation? (Oxford 2013). Die Autoren kommen mit Blick auf den US-amerikanischen Arbeitsmarkt zu dem Ergebnis, dass etwa 47 % der Beschäftigten in den nächsten 10 bis 20 Jahren den Verlust ihres Arbeitsplatzes riskieren. Für eine Übertragung dieser Studie auf den deutschen Arbeitsmarkt s. das vom ZEW im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales erstellte Gutachten *Holger Bonin/Terry Gregory/Ulrich Zierahn,* Übertragung der Studie von Frey/Osborne (2013) auf Deutschland (Mannheim 2015), das den Anteil der durch die Automatisierung bedrohten Arbeitsplätze allerdings niedriger als in den USA beziffert.

[6] Zum Begriff siehe z.B. *Wolfgang Däubler,* Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?, SR 2014, 45; *Hans Hanau,* Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613; *Thomas Klebe,* Betriebsrat 4.0 – Digital und global?, NZA-Beilage 2017, 77, 81; *Katharina Uffmann,* Digitalisierung der Arbeitswelt – Wie gestalten wir die notwendigen Veränderungen?, NZA 2016, 977, 978.

[7] § 611a BGB n.F., der im Jahr 2017, also 117 Jahre nach Inkrafttreten des BGB, erstmals eine gesetzliche Definition des Arbeitsvertrags eingeführt hat, orientiert sich kurioserweise am Arbeitnehmerbild vergangener Tage (s. insbesondere Satz 2 der Regelung, der als wesentliches Merkmal das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf „Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit“ nennt). Allerdings ist die Formulierung der Vorschrift hinreichend flexibel, um auch neuere Beschäftigungsmodelle zu erfassen, in diesem Sinne auch *Ulrich Preis,* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[18], hrsg. von Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (München 2018) § 611a Rn. 13.

nehmers preisgegeben wird. Es mangelt nicht an Ideen und Konzepten, wie diese Herausforderung zu meistern ist. Manche Vorschläge sind gut durchdacht, andere weniger.

So war in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vor nicht allzu langer Zeit vom Jungunternehmer *Philip Siefer,* 35, zu lesen, der sich in der Start-up-Szene mit der Gründung der Firma „Einhorn Products“ einen Namen gemacht hat.[8] Das offenbar recht erfolgreiche Unternehmen verdient sein Geld mit der Produktion veganer Kondome. Auf einem Workshop mit dem Titel „Unfuck the Economy“ stellte *Siefer* seine Vorstellungen über die Zukunft der Arbeit vor: Die Mitarbeiter sollten ihr Gehalt selbst bestimmen dürfen, ebenso ihren Arbeitsort und die Zahl der Urlaubstage. „Wenn man keinen Bock hat, zur Arbeit zu kommen“, so *Siefer,* „braucht man nicht zu kommen, das ist tatsächlich total ernst gemeint“.

Weniger radikal, aber nicht minder ernst gemeint sind hingegen die Überlegungen im Weißbuch „Arbeiten 4.0“, das Ende 2016 vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) vorgelegt wurde und aus einem Dialogprozess zwischen dem Ministerium und verschiedenen Stakeholdern hervorgegangen ist.[9] Auf über zweihundert Seiten werden im Weißbuch mögliche gesetzliche Anpassungen auf dem Gebiet des Individual- und Kollektivarbeitsrechts sowie des Sozialversicherungsrechts diskutiert. Auch der 71. Deutsche Juristentag, der im Jahr 2016 in Essen stattfand, befasste sich mit den rechtlichen Herausforderungen aus dem technologiebedingten Wandel der Arbeitsbedingungen.[10] Die im Weißbuch des BMAS und auf dem Juristentag formulierten Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber sorgen gegenwärtig für viel Diskussionsstoff in der Arbeitsrechtswissenschaft.[11] Hier ist nicht der Ort, um auf die große Vielfalt der derzeit ventilierten Reformmaßnahmen einzugehen. Selbst wenn man die Betrachtung allein auf die Regelungsvorschläge beschränkte, die den Abbau zwingenden Rechts und die Ausweitung der Privatautonomie zum Inhalt haben, wäre rasch der Rahmen des vorliegenden Beitrags gesprengt. Deswegen sollen im Folgenden lediglich einzelne exemplarische Aspekte des Arbeitsverhältnisses herausgegriffen werden, um die Vor- und Nachteile größerer privatautonomer Gestaltungsfreiheit im Arbeitsrecht zu beurteilen.

---

[8] Online abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/me-convention-2017/me-convention-wie-ein-kondomverkaeufer-die-arbeitswelt-umkrempeln-will-15202978.html>.

[9] Das Weißbuch ist abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=9>. Dem Weißbuch war im Frühjahr 2015 ein Grünbuch vorausgegangen, abrufbar unter <http://issuu.com/support.bmaspublicispixelpark.de/docs/gruenbuch-arbeiten-vier-null?e=26749784/43070407>.

[10] *Rüdiger Krause,* Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag (München 2016) B1.

[11] Siehe etwa die in Fn. 6 zitierten Beiträge; s. außerdem *Peter Hanau,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 4.0 im Weißbuch des BMAS, RdA 2017, 213.

III. Mehr Freiheit wagen im Individualarbeitsvertrag

1. Das Arbeitszeitrecht als Beispiel

Ein zentrales Thema in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion, das auch im Weißbuch des BMAS[12] und im Gutachten zum Deutschen Juristentag[13] breiten Raum einnimmt, ist die Arbeitszeit.[14] Das deutsche Arbeitszeitgesetz, das die europäische Arbeitszeitrichtlinie[15] umsetzt, teilweise jedoch strengere Vorgaben zum Schutz der Arbeitnehmer enthält als die Richtlinie,[16] zieht der privatautonomen Gestaltung der Arbeitszeit Grenzen. Es regelt beispielsweise bestimmte tägliche Höchstarbeitszeiten sowie Mindestruhepausen und -zeiten. Diese Regelungen können von den Individualparteien des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht zulasten des Arbeitnehmers abbedungen werden.[17] Lediglich auf tarifvertraglicher Grundlage sind gewisse Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz gestattet, wenn auch nur in sehr beschränktem Umfang.[18]

Es stellt sich nun die Frage, ob das Arbeitszeitgesetz in seiner geltenden Fassung Spielräume für flexible Arbeitszeitmodelle bietet, wie sie von vielen Arbeitnehmern gewünscht werden und dank der modernen Informations- und Kommunikationstechnologie häufig auch ohne Nachteile für den Arbeitgeber realisierbar sind. Als Hindernis erweist sich beispielsweise § 5 Abs. 1 ArbZG, wonach den Arbeitnehmern nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden zustehen muss. Ein Arbeitszeitmodell zum Beispiel, bei dem der Arbeitnehmer täglich von 8 bis 14 Uhr ins Büro geht und dann, nachdem die Kinder im Bett sind, sich noch einmal von 21.30 bis 23.30 Uhr im Home Office an die Arbeit setzt, ist derzeit mit dem geltenden Recht nicht vereinbar, da zwischen der Beendigung

---

[12] Weißbuch (Fn. 9) 115 ff.

[13] *Krause,* Gutachten (Fn. 10) B32 ff.

[14] Siehe nun auch den Gesetzgebungsvorschlag der FDP-Bundestagsfraktion, BT-Drucks. 19/1174 vom 13.3.2018.

[15] Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003 L 299/9.

[16] So schreibt etwa die europäische Arbeitszeitrichtlinie eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden vor und erlaubt es den Arbeitsvertragsparteien, die Arbeitszeit auf die einzelnen Arbeitstage (unter Berücksichtigung der obligatorischen Mindestruhezeiten) frei zu verteilen. Das deutsche Arbeitszeitgesetz (ArbZG) ist im Vergleich dazu insofern strenger, als es eine maximale tägliche Arbeitszeit von acht (und unter bestimmten Umständen von zehn) Stunden vorschreibt.

[17] Eine eng begrenzte Ausnahme sieht § 3 Satz 2 ArbZG vor. Nach dieser Vorschrift kann die in § 3 Satz 1 ArbZG festgelegte tägliche Höchstarbeitszeit von acht Stunden von den Individualparteien des Arbeitsverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen einverständlich auf bis zu zehn Stunden verlängert werden.

[18] § 7 ArbZG.

der täglichen Arbeitszeit um 23.30 Uhr und der Wiederaufnahme der Arbeit am nächsten Morgen um 8 keine 11 Stunden liegen.

Wie ist also dem Flexibilitätsbedürfnis der Arbeitsvertragsparteien Rechnung zu tragen? Die Möglichkeit der tarifvertraglichen Abweichung von den Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes hilft kaum weiter. Zum einen sind der Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien enge Grenzen gesetzt: Sie können die Mindestruhezeit höchstens um zwei Stunden verkürzen und dies auch nur unter der Bedingung, dass die damit verbundene Arbeitszeitverlängerung mit Blick auf die „Art der Arbeit" erforderlich ist und innerhalb eines festzulegenden Zeitraums ausgeglichen wird.[19] Hinzu kommt, dass der Tarifvertrag als Gestaltungsmittel der Arbeitsbedingungen in zahlreichen Branchen faktisch keine Rolle spielt. Angesichts der stetig abnehmenden Tarifbindung[20] ist zu erwarten, dass in Zukunft solche „weiße Flecken" in der Tariflandschaft sogar noch zunehmen werden. Können die gewünschten Anpassungen des Arbeitszeitrechts somit nicht auf tarifvertraglicher Grundlage erreicht werden, stellt sich unweigerlich die Frage, ob nicht – getreu dem Motto „Mehr Freiheit wagen!" – eine Erweiterung der individualvertraglichen Dispositionsmöglichkeiten einen Ausweg böte.

Meiner Meinung nach – und diese Überlegungen gelten über die Arbeitszeit hinaus auch für andere Arbeitsbedingungen – bestehen gegen die Ausweitung der Vertragsfreiheit auf der Ebene des Individualarbeitsvertrags grundsätzliche Bedenken. Der technologische Wandel mag zwar den Arbeitsvertragsparteien größere Handlungsautonomie beschert haben, wenn es darum geht zu bestimmen, wie, wo und wann die Arbeitsleistung zu erbringen ist. An der Grundstruktur des Arbeitsverhältnisses hat sich jedoch nichts geändert, nämlich am eingangs erwähnten Machtgefälle zwischen den Arbeitsvertragsparteien und den daraus resultierenden Risiken für die faktische Selbstbestimmung des Arbeitnehmers. Die Aufweichung der zwingenden Arbeitnehmerschutzvorschriften hätte somit zur Folge, dass die Lohn- und Arbeitsbedingungen – um noch einmal in den Worten Sinzheimers zu sprechen – „keine Grenze nach unten fänden, weil sie jedem Unterangebot preisgegeben wären".

2. Flexibilitätsinteresse versus Arbeitnehmerschutz: „Menü"-Regelungen als Ausweg aus dem Dilemma?

Wie könnte nun dem Wunsch nach einer Flexibilisierung der Arbeitsrechtsordnung entsprochen werden, ohne dabei den sozialen Schutz des Arbeitneh-

---

[19] § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG.

[20] Im Jahr 1998 betrug der Anteil der Arbeitnehmer, die bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigt waren, noch 76 % in Westdeutschland und 63 % in Ostdeutschland. 2008 lagen die entsprechenden Werte bei nur noch 58 % bzw. 47 %, s. Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), Tarifarchiv 2017, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik (Düsseldorf 2017), Graphik 1.6.

mers aufs Spiel zu setzen? Eine Lösung könnten sogenannte „Menü“-Regelungen bieten:[21] Anstatt die einzelnen Arbeitnehmerschutzvorschriften dispositiv auszugestalten, könnte der Gesetzgeber den Arbeitsvertragsparteien im Sinne einer „Menüwahl“ die Wahl zwischen verschiedenen Sets zwingender gesetzlicher Regelungen einräumen, die jeweils auf ein bestimmtes Beschäftigungsmodell zugeschnitten sind und für dieses konkrete Beschäftigungsmodell ein angemessenes Schutzniveau garantieren. So könnte das Gesetz beispielsweise als Alternative zur Eingehung eines „Normalarbeitsverhältnisses“ die Möglichkeit zum Abschluss eines Telearbeitsvertrags einführen und damit den Bedürfnissen jener Arbeitnehmer entgegenkommen, die – etwa wegen der Betreuung kleiner Kinder – bei der Gestaltung ihrer Arbeitszeit und bei der Wahl des Arbeitsortes in besonderer Weise auf Flexibilität angewiesen sind. Für ein solches Telearbeitsverhältnis könnten – soweit arbeitsmedizinisch vertretbar – kürzere gesetzliche Mindestruhezeiten gelten, um es den Arbeitnehmern zu ermöglichen, ihre Tätigkeit, wie im obigen Beispiel skizziert, am späten Abend und am frühen Vormittag zu verrichten. Die Verkürzung der Mindestruhezeit könnte im Gegenzug durch eine Erhöhung des gesetzlichen Mindesturlaubs kompensiert werden. Zusätzlich könnte den „Tele-Arbeitnehmern“ ein nicht dispositiver (zeitlich befristeter) Entgeltfortzahlungsanspruch gewährt werden, falls sie wegen der Pflege kranker Familienangehöriger an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert sind.[22]

Eine „Menü“-Regelung weitet die Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien insoweit aus, als sie sich bei der Eingehung des Arbeitsverhältnisses zwischen verschiedenen Beschäftigungsmodellen entscheiden können. Darüber hinaus können sie auch im Laufe des Arbeitsverhältnisses jederzeit einvernehmlich von einem Beschäftigungsmodell zum anderen wechseln. Da gleichzeitig jedoch die einzelnen Arbeitnehmerschutzvorschriften innerhalb des gewählten Menüs zwingend ausgestaltet sind, besteht keine Gefahr, dass der Arbeitgeber die vergrößerten Gestaltungsspielräume einseitig zu seinem Vorteil und zum Schaden des Arbeitnehmers ausnutzt.

---

[21] Siehe zum regulatorischen Modell der „Menü“-Regelung, das auch außerhalb des Arbeitsrechts diskutiert wird, grundlegend *Ian Ayres,* Menus matter, U. Chi. L. Rev. 73 (2006) 3; s. aus dem deutschen Schrifttum *Gregor Bachmann,* Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 2008, 11, 13 f., 15 f. (der in diesem Zusammenhang von „strengen Optionsmodellen“ spricht), sowie *Stefan Bechtold,* Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (Tübingen 2010) 121 ff.

[22] Nach geltender Rechtslage steht dem Arbeitnehmer in einer solchen Situation lediglich ein dispositiver Anspruch auf Lohnfortzahlung nach § 616 Satz 1 BGB zu, s. hierzu näher *Marcus Bieder,* in: Beck-Online Großkommentar (München, Stand: 1.5.2018) § 616 BGB Rn. 20 ff. (zur Anwendung der Norm auf den Arbeitsausfall wegen der Betreuung kranker Angehöriger) sowie Rn. 47 ff. (zum dispositiven Charakter des Anspruchs).

IV. Mehr Freiheit wagen in den kollektiven Arbeitsbeziehungen

1. Ausbau der Tarifdispositivität des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes

Auf kollektivvertraglicher Ebene scheint auf den ersten Blick nichts gegen eine Ausweitung der Vertragsfreiheit zu sprechen. Hier besteht, wie schon erwähnt,[23] typischerweise ein Machtgleichgewicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, so dass erwartet werden kann, dass der Inhalt der Kollektivvereinbarung auch ohne staatliches Eingreifen für beide Seiten interessengerecht ist.

Tatsächlich wird in der gegenwärtigen rechtspolitischen Diskussion immer wieder ein Ausbau des tarifdispositiven Gesetzesrechts gefordert.[24] Darunter werden arbeitsrechtliche Regelungen verstanden, die nur im Rahmen von Tarifverträgen, nicht jedoch im Individualarbeitsvertrag zulasten des Arbeitnehmers abbedungen werden können. Tarifdispositive Normen entziehen sich damit der im übrigen Schuldvertragsrecht dominierenden Dichotomie von zwingendem und dispositivem Recht und bilden gewissermaßen eine Zwischenkategorie: Für die Individualparteien sind sie zwingender Natur, für die Kollektivvertragsparteien hingegen dispositiv. Ein Beispiel ist der bereits angesprochene § 7 ArbZG, der in gewissem Umfang eine Verlängerung der gesetzlich statuierten Höchstarbeitszeiten auf tarifvertraglicher Grundlage erlaubt. Ähnliche Regelungen finden sich im Kündigungsrecht,[25] im Urlaubsrecht,[26] im Teilzeit- und Befristungsrecht[27] sowie im Recht der Arbeitnehmerüberlassung[28] und der betrieblichen Altersversorgung.[29] Derartige gesetzliche Tariföffnungsklauseln erweitern die Autonomie der Sozialpartner. Sie ermöglichen insbesondere Anpassungen des arbeitsrechtlichen Ordnungsrahmens an die spezifischen Bedürfnisse bestimmter Wirtschaftszweige und Unternehmen. Dadurch tragen sie der liberalen Vorstellung Rechnung, dass private Akteure und ihre jeweiligen Interessenverbände in eigenen Angelegenheiten regelmäßig über größere Sachkunde und Wissen verfügen als der staatliche Gesetzgeber. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass die mit dem tarifdispositiven Gesetzesrecht eröffneten Gestaltungsspielräume Anreize für die Arbeitgeber zum Koalitionsbeitritt bzw. zum Abschluss von Haustarifverträgen

---

[23] Oben I.

[24] *Annuß,* NZA 2017, 345, 347; *Steffen Kampeter,* Für eine veränderte Arbeitsordnung in einer digitalen Arbeitswelt, SR 2017, 196, 201.

[25] § 622 Abs. 4 BGB.

[26] § 13 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG).

[27] §§ 12 Abs. 3, 13 Abs. 4, 14 Abs. 2 Satz 3 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG).

[28] § 8 Abs. 2 AÜG; dazu näher sogleich.

[29] § 19 Abs. 1 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG).

schaffen und auf diese Weise dem derzeitigen Trend zur „Tarifflucht" zahlreicher Unternehmen entgegenwirken können.[30]

Allerdings lehren die Erfahrungen vor allem aus der Zeitarbeitsbranche, dass das regulatorische Instrument des tarifdispositiven Gesetzesrechts nicht frei von Risiken ist. § 8 Abs. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) schreibt den Gleichstellungsgrundsatz fest, wonach Leiharbeitnehmern die gleichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren sind wie der Stammbelegschaft im Entleiherbetrieb. Der Grundsatz ist tarifdispositiv ausgestaltet: Nach § 8 Abs. 2 AÜG können Tarifverträge vom Equal-pay- bzw. Equal-treatment-Grundsatz zulasten der Leiharbeitnehmer abweichen. In der Praxis spielt diese Öffnungsklausel eine erhebliche Rolle. Den Arbeitgebern gewogene Gewerkschaften wie etwa die Christlichen Gewerkschaften,[31] aber auch Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes schlossen in der Vergangenheit für die Leiharbeitnehmer Tarifverträge ab, die eine deutliche Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen gegenüber dem gesetzlichen Gleichstellungsgrundsatz bewirken. Nun könnte man geneigt sein, die praktische Relevanz solcher Tarifverträge herunterzuspielen, da der Organisationsgrad unter den Arbeitnehmern in der Zeitarbeitsbranche äußerst gering ist und die tarifschließenden Gewerkschaften folglich nur eine kleine Minderheit der Leiharbeitnehmer repräsentieren.[32] Nach § 4 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) binden Tarifverträge zur Regelung des Einzelarbeitsverhältnisses nur die Mitglieder der tarifschließenden Organisationen. Tatsächlich jedoch sind die angesprochenen Tarifverträge in ihren Wirkungen alles andere als vernachlässigbar, sondern prägen die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeitsbranche nahezu flächendeckend. Der Grund dafür ist in § 8 Abs. 2 Satz 3 AÜG zu sehen. Nach dieser Vorschrift können die vom Gleichstellungsgrundsatz abweichenden Tarifverträge auch im Verhältnis zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien durch einzelvertragliche Bezugnahme zur Geltung gebracht werden.[33] Die überwiegende

---

[30] In diesem Sinne etwa das Weißbuch des BMAS (Fn. 9) 157; s. auch *Annuß,* NZA 2017, 345, 347; *Kampeter,* SR 2017, 196, 201; *Stefan Greiner,* Tarifdispositives Gesetzesrecht – Fluch oder Segen für die Tarifautonomie?, NZA 2018, 563; krit. *Daniel Ulber,* Tarifdispositives Recht und Privilegierung Tarifgebundener als Stärkung der Tarifbindung?, SR 2018, 85, 90 ff.

[31] Die von der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Tarifverträge haben sich allerdings als ungültig herausgestellt, da das Bundesarbeitsgericht der CGZP die Tariffähigkeit abgesprochen hat, s. BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289; BAG 23.5.2012 – 1 AZB 58/11, NZA 2012, 623.

[32] Nach *Peter Schüren,* Leiharbeit in Deutschland, RdA 2007, 231, 232, kann sich in der Zeitarbeitsbranche keine Arbeitnehmervereinigung auf eine über 5 % hinausgehende Mitgliederbasis stützen.

[33] Voraussetzung hierfür ist, dass das fragliche Arbeitsverhältnis in den (persönlichen, räumlichen und fachlichen) Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt.

Zahl von Arbeitgebern macht von dieser Möglichkeit Gebrauch und verweist in ihren Arbeitsvertragsformularen auf die gesetzesderogierenden Tarifverträge. Als Folge dieser Praxis stellt die von § 8 Abs. 1 AÜG angeordnete Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammbelegschaft im Entleiherbetrieb nichts weiter als eine Schimäre dar.[34]

Das Beispiel der Leiharbeitsbranche belegt, dass die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags gefährdet ist, wenn Kollektivverhandlungen – entgegen ihrem ursprünglichen Zweck – nicht zur Verbesserung, sondern zur Absenkung des Arbeitnehmerschutzes geführt werden.[35] Die Arbeitgeber haben nämlich in diesem Fall ein Interesse daran, Kollektivvereinbarungen gerade mit besonders durchsetzungsschwachen Arbeitnehmervereinigungen abzuschließen. Unter solchen Voraussetzungen kann nicht davon ausgegangen werden, „dass die vereinbarten tariflichen Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln".[36] Die Problematik verschärft sich weiter durch die Möglichkeit der einzelvertraglichen Bezugnahme, die bei tarifdispositiven Regelungen regelmäßig vorgesehen ist:[37] Obwohl die tarifschließenden Gewerkschaften meist nur wenige der betroffenen Arbeitnehmer repräsentieren, steht es im Belieben der Arbeitgeber, den gesetzesderogierenden Tarifvertrag durch die Verwendung von Verweisungsklauseln im Einzelarbeitsvertrag auf sämtliche Arbeitsverhältnisse zu erstrecken. Vor diesem Hintergrund lässt sich nachvollziehen, warum Franz Gamillscheg das tarifdispositive Gesetzesrecht als „Danaergeschenk" bezeichnet hat, das im Wesentlichen dazu diene, die „Verantwortung [des Staates] für den Abbau sozialer Besitzstände auf die Sozialpartner abzuschieben".[38]

---

[34] Um das Jahr 2010 herum betrug in Nordrhein-Westfalen die Lohndifferenz zwischen Leiharbeitnehmern und in Normalarbeitsverhältnissen beschäftigten Arbeitnehmern bei vergleichbarer Tätigkeit zwischen 35 und 45 %, s. *Raimund Waltermann,* Fehlentwicklung in der Leiharbeit, NZA 2010, 482.

[35] Allgemein zu den mit dem tarifdispositiven Gesetzesrecht verbundenen Problemen *Rudolf Buschmann,* Abbau des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes durch kollektives Arbeitsrecht?, in: FS Richardi (Fn. 3) 93, 95 ff.; *Monika Schlachter/Melanie Klauk,* Tarifdispositivität – eine zeitgemäße Regelung?, AuR 2010, 354; *Stephan Seiwerth,* Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht (Baden-Baden 2017) 440 ff.; *Daniel Ulber,* Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (Berlin 2010) 463 ff.

[36] So die Formel des BAG zur Beschreibung der Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463, Rn. 22.

[37] § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB, § 13 Abs. 1 Satz 2 BUrlG, §§ 12 Abs. 3 Satz 2, 13 Abs. 4 Satz 2, 14 Abs. 2 Satz 4 TzBfG, § 19 Abs. 2 BetrAVG.

[38] *Franz Gamillscheg,* Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I (München 1997) § 16 V 1 a (S. 698 f.). Ähnlich aus jüngerer Zeit *Klaus Bepler,* Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag (München 2014) B62, wonach für die „Repräsentanten hoheitlicher Gewalt" ein

Eine Lösung des Problems könnte darin liegen, allein repräsentativen Tarifvertragsparteien die Abbedingung des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes zu erlauben.[39] Dadurch wäre sichergestellt, dass die tarifschließenden Organisationen auf Arbeitnehmerseite über eine gewisse Durchsetzungsmacht verfügen und somit dem Ausschluss gesetzlicher Arbeitnehmerrechte nur unter der Bedingung zustimmen, dass die Vereinbarung insgesamt fair und ausgewogen ist (was beispielsweise die Gewährung kompensierender Vorteile durch den Arbeitgeber voraussetzt). Ein anderer denkbarer Ansatz besteht darin, die Möglichkeit der individualvertraglichen Bezugnahme auf den gesetzesderogierenden Tarifvertrag für nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien insgesamt auszuschließen[40] oder sie lediglich tarifgebundenen Arbeitgebern vorzubehalten.[41] Geradezu zwingend geboten erscheint eine solche Einschränkung der Bezugnahmemöglichkeit, wenn man das tarifdispositive Gesetzesrecht als Mittel zur Stärkung der Tarifautonomie versteht.[42] Können nämlich – wie bisher – auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber durch Verweisung auf den einschlägigen Tarifvertrag von den gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften abweichen, besteht für sie kein Anreiz zum Koalitionsbeitritt.

2. *Kollektivvertragliche Gestaltung der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung*

Zustimmung verdient der Ruf nach Ausweitung der Kollektivvertragsfreiheit, wenn es um die Gestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung am Arbeitsplatz und in den Leitungsorganen des Unternehmens geht. Auf diesem Gebiet hat vor allem die unionsrechtliche Gesetzgebung wichtige Impulse gegeben. In der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat aus dem Jahr 1994,[43]

---

erhebliches Interesse besteht, die Nutzung der vom tarifdispositiven Gesetzesrecht eröffneten Gestaltungsspielräume „politisch zu erzwingen, um nicht als Gesetzgeber Adressat verbreiteter Unzufriedenheit zu sein, sondern die Rolle an die Tarifvertragsparteien abzugeben".

[39] Diesem Modell folgte der inzwischen aufgehobene § 24 Abs. 1 MiLoG, der übergangsweise und unter bestimmten Voraussetzungen tarifvertragliche Abweichungen vom gesetzlichen Mindestlohn zulasten der Arbeitnehmer zuließ.

[40] In diesem Sinne *Waltermann,* NZA 2010, 482, 487; ebenfalls kritisch gegenüber der Bezugnahmemöglichkeit *Reinhard Richardi,* Verbandsmitgliedschaft und Tarifgeltung als Grundprinzip der Tarifautonomie, NZA 2013, 408, 411.

[41] So *Olaf Deinert,* Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung, SR 2017 (Sonderausgabe), 24, 29 (die Bezugnahmemöglichkeit *tarifgebundener* Arbeitgeber soll verhindern, dass organisierte Arbeitnehmer infolge ihrer Verbandsmitgliedschaft systematisch schlechter gestellt werden als Außenseiter); ebenso *Greiner,* NZA 2018, 563, 565.

[42] Siehe die Nachweise oben in Fn. 30.

[43] Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen,

die die Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmern in transnationalen Unternehmen regelt, überließ der europäische Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung weitgehend den Sozialpartnern: Die Beteiligungsrechte werden im Einzelnen durch Vereinbarungen zwischen der zentralen Unternehmensleitung auf der einen Seite und einem Verhandlungsgremium von Belegschaftsvertretern auf der anderen Seite festgelegt.[44] Nur wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht auf eine besondere Form der Arbeitnehmerbeteiligung verständigen, greift das gesetzliche Regelungsmodell ein.[45]

Diese sogenannte Verhandlungslösung bildete bekanntlich die Blaupause für die Lösung der Mitbestimmungsproblematik in der Societas Europaea (SE). Der Unionsgesetzgeber sah in der autonomen Regelung der Arbeitnehmermitbestimmung durch die Sozialpartner den Königsweg, um zum einen die (rechtlichen und kulturellen) Differenzen in den kollektiven Arbeitsbeziehungen der verschiedenen Mitgliedstaaten zu überwinden[46] und zum anderen die Mechanismen der Mitbestimmung an die transnationale Organisationsstruktur der betroffenen Unternehmen anzupassen. Die für die SE entwickelte Lösung wurde auch für die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea, SCE)[47] sowie für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften[48] übernommen. Darüber hinaus fand das Verhandlungsmodell

---

ABl. 1994 L 254/64; inzwischen ersetzt durch Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. 2009 L 122/28.

[44] Art. 6 Richtlinie 2009/38/EG; siehe ferner den 19. Erwägungsgrund der Richtlinie, der in diesem Zusammenhang den „Grundsatz der Autonomie der Sozialpartner" besonders hervorhebt.

[45] Art. 7 i.V.m. Anhang I Richtlinie 2009/38/EG. Das gesetzliche Modell der Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer wird darüber hinaus maßgebend durch die Vorschriften der nationalen Umsetzungsgesetze geprägt, in Deutschland durch die §§ 21 ff. Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG).

[46] Siehe speziell zu diesem Aspekt als ausschlaggebendem Grund für die Einräumung großer Gestaltungsfreiheit an die Sozialpartner *Etienne Pataut,* Collective Agreements in Europe: European Social Dialogue and Contractual Autonomy, in: Employee Participation and Collective Bargaining in Europe and China, hrsg. von Jürgen Basedow/Chen Su/Matteo Fornasier/Ulla Liukkunen (Tübingen 2016) 83, 98 f. (im Zusammenhang mit der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat).

[47] Art. 4 Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22.7.2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2003 L 207/25.

[48] Art. 16 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. 2005 L 310/1; inzwischen ersetzt durch Art. 133 Richtlinie (EU) 2017/1132

in die Rahmenrichtlinie über die Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmern Eingang,[49] die bestimmte Mindestvorgaben für die Arbeitnehmerbeteiligung auch in Fällen ohne grenzüberschreitenden Bezug regelt.

Die Eröffnung von Gestaltungsspielräumen für die Sozialpartner bei der Gestaltung der betrieblichen und unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung ist zu begrüßen. Sie bietet die Möglichkeit, das System der Arbeitnehmerbeteiligung für neuartige Formen der Betriebs- und Unternehmensorganisation zu öffnen.[50] Vor diesem Hintergrund ist zu bedauern, dass der Europäische Gerichtshof vor kurzem das Territorialitätsprinzip der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung durchgewunken hat.[51] Wäre die Entscheidung anders ausgefallen, hätte sich für den deutschen Gesetzgeber die Gelegenheit ergeben, nach dem Vorbild der Verhandlungslösung der SE auch im deutschen Gesellschaftsrecht die Privatautonomie bei der Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung aufzuwerten.[52]

V. Mehr Freiheit wagen in der Arbeitsgesetzgebung

Zuletzt ist noch kurz auf die Frage einzugehen, wie es um die politische Gestaltungsfreiheit des Arbeitsgesetzgebers bestellt ist. Wie bereits erwähnt, ist hiermit eine Freiheitsdimension angesprochen, die sich nicht auf die Privatautonomie bezieht. Es geht nämlich nicht um das Verhältnis zwischen Bürger und Staat, sondern allein um die Beziehungen zwischen öffentlichen Institutionen untereinander, genauer: um die Unabhängigkeit des einfachen Gesetz-

---

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. 2017 L 169/46.

[49] Art. 5 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002 L 80/29. Im deutschen Recht ermöglicht etwa § 3 BetrVG Kollektivvereinbarungen zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen.

[50] Besondere Herausforderungen an das System der Arbeitnehmermitbestimmung ergeben sich z.B. bei Matrixorganisationen, s. *Stefan Witschen,* Matrixorganisationen und Betriebsverfassung, RdA 2016, 38; speziell zu den Herausforderungen bei transnationalen Unternehmen *Maria-Susanna Schumacher,* Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in internationalen Konzernunternehmen, NZA 2015, 587.

[51] EuGH 18.7.2017, Rs. C-566/15 – *Konrad Erzberger ./. TUI AG.* Kritisch zur Begründung des Gerichtshofs *Florian Rödl,* Wichtige Einsichten: Territorialanknüpfung des Arbeitsrechts und allseitige Kollisionsnormen mit Unionsrecht vereinbar, EuZA 2018, 88, 90 ff.

[52] Siehe zu entsprechenden Überlegungen z.B. *Christoph Teichmann,* Reform der Unternehmensmitbestimmung durch Einführung einer Verhandlungslösung, in: Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang, hrsg. von Mathias Habersack/Caspar Behme/Horst Eidenmüller/Lars Klöhn (Frankfurt am Main 2016) 135.

gebers von den Vorgaben des Verfassungsrechts. Im Ausgangspunkt besteht kein Zweifel daran, dass die Regelungsmacht des Gesetzgebers auch im Arbeitsrecht verfassungsrechtlichen Schranken und verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegen muss. Die Bindung an das Verfassungsrecht bedingt insbesondere, dass der Gesetzgeber bei der Regulierung der Arbeitsbeziehungen stets um einen vernünftigen Ausgleich zwischen der unternehmerischen Freiheit einerseits und dem sozialen Schutz des Arbeitnehmers andererseits bemüht sein muss, da beide Interessen den Rang verfassungsrechtlicher Schutzgüter besitzen. Allerdings dürfen die verfassungsrechtlichen Grenzen nicht zu eng gezogen sein. Wie in anderen Bereichen der Wirtschaftspolitik, so ist auch auf dem Gebiet der Arbeitsmarktpolitik unter Fachleuten oftmals lebhaft umstritten, welche regulatorischen Maßnahmen zu ergreifen sind, um bestimmte, allgemein für wünschenswert gehaltene Ziele zu erreichen – etwa ein hohes Beschäftigungsniveau oder eine gerechte Wohlstandsverteilung in der Gesellschaft. Die wirtschaftlichen Zusammenhänge sind in der Realität häufig zu komplex, als dass sich die Auswirkungen einzelner Regelungsmaßnahmen genau voraussagen ließen. In einer solchen Situation sollte dem Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt werden, die in der Theorie entwickelten Regelungsmodelle in der Praxis auszutesten. Sind jedoch die Vorgaben der Verfassung an den Gesetzgeber zu streng, eröffnen sich ihm keine regulatorischen Experimentierräume. Kurzum: Die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts birgt die Gefahr seiner Petrifizierung.

1. Das verfassungsrechtliche Argument in der Arbeitsrechtswissenschaft

In der Arbeitsrechtswissenschaft ist die Haltung verbreitet, die verfassungsrechtlichen Schranken für die Ausgestaltung des Arbeitsrechts eher restriktiv zu interpretieren. So fehlte es in der Debatte um die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns nicht an Stimmen, die das Regelungsvorhaben als verfassungswidrig geißelten.[53] Nun mag man mit guten Gründen darüber streiten, ob ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn wirtschafts- und arbeitsmarktpolitisch sinnvoll ist. Dass sich eine solche Regelungsmaßnahme aus verfassungsrechtlichen Gründen verbieten soll, ist indessen schwer nach-

---

[53] Paradigmatisch *Thomas Lobinger,* Mindestlohn läuft dem Sozialstaatsprinzip zuwider, Süddeutsche Zeitung vom 6.6.2013, bei dem es einleitend heißt: „In der Öffentlichkeit wird die Mindestlohndebatte heute zumeist als eine rein politische Auseinandersetzung geführt. Dabei übersieht man leicht, dass sie auch gewaltige rechtliche, namentlich verfassungsrechtliche Fragen aufwirft. Die Handlungsspielräume der Politik sind deshalb kaum so groß, wie es auf Anhieb erscheinen mag." Teilweise wird der Verfassungsverstoß darin gesehen, dass sich der gesetzliche Mindestlohn auch gegenüber tarifvertraglichen Entgeltbestimmungen durchsetzt, so etwa *Martin Henssler,* Mindestlohn und Tarifvertrag, RdA 2015, 43, 44 ff.; *Gregor Thüsing,* Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, ZfA 2008, 590, 600 ff. (Tarifdispositivität des Mindestlohns „verfassungsrechtlich ohne Alternative"); *Lobinger,* JZ 2014, 810, 815 ff.

zuvollziehen, zumal wenn man bedenkt, dass eine allgemeine gesetzliche Lohnuntergrenze nicht nur in 21 weiteren Mitgliedstaaten der EU existiert,[54] sondern darüber hinaus auch in Ländern wie den USA und Japan,[55] in denen der wirtschaftlichen Freiheit traditionell hohe Bedeutung beigemessen wird. Auf den Juristen mag das verfassungsrechtliche Argument deswegen einen besonderen Reiz ausüben, weil es von der Notwendigkeit enthebt, die tatsächlichen Folgen einer geplanten Regelung zu prognostizieren und auf dieser Grundlage das Für und Wider der Regelungsmaßnahme zu wägen. Eine solche an den Realfolgen orientierte Beurteilung ist viel aufwendiger, da sie empirische Erkenntnisse voraussetzt, die gewöhnlich nur andere Wissenschaften zu liefern vermögen.[56]

Ähnliche Beobachtungen lassen sich auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts machen. Dort werden in der rechtspolitischen Diskussion regelmäßig verfassungsrechtliche Einwände gegen gesetzgeberische Maßnahmen geltend gemacht,[57] die als Reaktion auf die erodierende Tarifbindung darauf zielen, die Geltung tarifvertraglicher Regelungen auf sogenannte Außenseiter zu erstrecken, also auf Arbeitsvertragsparteien, die nicht den tarifschließenden Organisationen angehören.[58] Dabei bleibt häufig außer Betracht, dass in anderen europäischen Arbeitsrechtsordnungen – trotz ähnlicher verfassungs- bzw. grundrechtlicher Rahmenbedingungen – keine Bedenken gegen die Außenseitergeltung von Tarifverträgen geäußert werden. Die Fixierung auf das Verfassungsrecht mag vielleicht erklären, weswegen die Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht ganz im Gegensatz zu anderen Gebieten des Privat-

---

[54] Siehe die Übersicht in *Europäische Kommission,* Industrial Relations in Europe 2014 (2015), Box 2.2. (S. 48).

[55] Siehe in den USA auf Bundesebene Sec. 206 Fair Labor Standard Act (29 U.S.C. 201), in Japan das Gesetz Nr. 137 vom 15.4.1959. In beiden Rechtsordnungen kann der gesetzliche Mindestlohn auch nicht in Tarifverträgen unterschritten werden.

[56] Zwar kommt auch die verfassungsrechtliche Kontrolle von Gesetzen nicht ohne eine realfolgenbezogene Betrachtung aus, etwa bei der Frage, ob die in Rede stehende Regelung geeignet und erforderlich ist, einen verfassungslegitimen Zweck zu erreichen. Diese Prüfungspunkte haben jedoch in der Praxis meistens nur den Charakter einer Plausibilitätskontrolle, die nicht auf vertiefte empirische Untersuchungen gestützt wird.

[57] *Bayreuther,* Tarifautonomie (Fn. 3) 123 ff.; *Lobinger,* JZ 2014, 810, 817 f.; *Manfred Löwisch/Volker Rieble,* Tarifvertragsgesetz[4] (München 2017) Grundlagen Rn. 170, § 3 Rn. 10; *Hartmann,* Negative Vertragsfreiheit (Fn. 3) 359 f., 437; a.A. hingegen *Deinert,* SR Sonderausgabe 2017, 24, 25; *Wolfgang Linsenmaier,* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[18], hrsg. von Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (München 2018) Art. 9 GG Rn. 59.

[58] Eine solche Geltungserstreckung tarifvertraglicher Regelungen kann etwa durch eine Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, durch ein System der Tariftreue oder durch die Einführung einer Erga-omnes-Geltung von Tarifnormen – s. speziell hierzu den rechtspolitischen Vorschlag von *Sudabeh Kamanabrou,* Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen (Tübingen 2011) – erreicht werden.

rechts bislang eine eher untergeordnete Rolle spielt:[59] Angesichts der engen Schranken, die das Verfassungsrecht der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vermeintlich setzt, werden offenbar nur geringe Spielräume für den Import ausländischer Lösungsansätze und Regelungsideen gesehen.[60] In der Folge werden keine Anstrengungen unternommen, sich mit ausländischen Rechtsordnungen vertieft auseinanderzusetzen.[61]

2. *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*

Im Kontrast zur überwiegend restriktiven Haltung der Arbeitsrechtswissenschaft steht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht betont zwar, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Arbeitsbeziehungen stets einen gerechten Ausgleich zwischen den konfligierenden Grundrechten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers herstellen muss. Doch folgt daraus nicht, dass die Legislative jeglicher Gestaltungsfreiheit beraubt würde. In der Entscheidung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz heißt es beispielsweise: „Da beide Arbeitsvertragsparteien unter dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG stehen, sind die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Dem Gesetzgeber ist dabei ein weiter Gestaltungsfreiraum eingeräumt. Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, d.h. die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit."[62]

Auch bei der Kontrolle gesetzlicher Vorschriften auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts übt das Bundesverfassungsgericht regelmäßig Zurück-

---

[59] Das fehlende Interesse an der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht beklagt insbesondere *Gamillscheg,* der im Vorwort seines Lehrbuchs zum kollektiven Arbeitsrecht (Fn. 38) schreibt, wünschenswert sei „ein Schritt weg von der ausschließlichen Binnenbetrachtung, mit der es Rechtsprechung und Lehrbücher (und viele Monographien) immer noch genügen lassen, damit dem Kurzsichtigen vergleichbar, der sich weigert, eine Brille aufzusetzen". Für eine „Intensivierung des Rechtsvergleichs" plädiert auch *Raimund Waltermann,* Stärkung der Tarifautonomie – Welche Wege könnte man gehen?, NZA 2014, 874, 878.

[60] Zur Rolle der Rechtsvergleichung als Inspirationsquelle für die Gesetzgebung vgl. auch *Jürgen Basedow,* Comparative Law and its Clients, Am. J. Comp. L. 62 (2014) 821, 842 ff.

[61] Ausnahmen bestätigen die Regel, s. aus jüngerer Zeit etwa *Hartmann,* Negative Vertragsfreiheit (Fn. 3) 385 ff.; *Abbo Junker,* Kollektives Arbeitsrecht in Europa – Überblick über das Arbeitskampfrecht und das Tarifsystem der Mitgliedstaaten, RdA-Beilage 2009, 4; *Kamanabrou,* Erga-Omnes-Wirkung (Fn. 58) 121 ff.; *Stephan Seiwerth,* Stärkung der Tarifautonomie – Anregungen aus Europa?, EuZA 2014, 450.

[62] BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 2283/03, 2504/03, NZA 2005, 153, 155.

haltung. So billigte es das System der Tariftreueverpflichtung bei der öffentlichen Auftragsvergabe.[63] Ebenso wurde das umstrittene Tarifeinheitsgesetz unter Hinweis auf die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers im Wesentlichen nicht beanstandet.[64] In seiner „Flash-Mob"-Entscheidung eröffnete das Gericht schließlich auch weite Spielräume für die Ausgestaltung und Fortbildung des Arbeitskampfrechts durch die Arbeitsgerichte.[65]

Insgesamt verdient die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts zum *judicial restraint* Beifall, da sie eine Versteinerung des Arbeitsrechts verhindert und dem Gesetzgeber Experimentiermöglichkeiten gewährt, um sachgerechte Lösungen für die arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Herausforderungen unserer Zeit zu finden.

VI. Zusammenfassung

1. Der technologische Wandel und vor allem die Digitalisierung bringen eine „Entgrenzung" des Arbeitsverhältnisses in örtlicher und zeitlicher Hinsicht mit sich. Damit einher geht der Wunsch vieler Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einer Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen. Das geltende Arbeitsrecht vermag jedoch den gewandelten Bedürfnissen der neuen Arbeitswelt nicht immer Rechnung zu tragen.

2. Eine Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen durch die Ausweitung der Vertragsfreiheit auf einzelvertraglicher Ebene erscheint nicht empfehlenswert. Trotz der technologiebedingten Veränderungen der Arbeitswelt besteht nämlich das strukturelle Machtgefälle zwischen den Individualparteien des Arbeitsverhältnisses fort. Der Arbeitnehmer ist weiterhin sozial schutzbedürftig. Der Wunsch nach mehr Freiheit bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen könnte jedoch mithilfe eines „Menüwahl"-Modells erreicht werden, bei dem den Arbeitsvertragsparteien verschiedene Sets arbeitsrechtlicher

---

[63] BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42 (s. im vorliegenden Kontext insbesondere Rn. 90 der Entscheidung, in der das Gericht ausdrücklich anerkennt, dass „der Gesetzgeber die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen [darf], indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder mittelbar zur Anwendung kommen"). Kritisch wiederum *Volker Rieble,* Besprechung: Sudabeh Kamanabrou, Erga-omnes-Wirkung von Tarifverträgen [2011], EuZA 2012, 496, 499 („Das Gericht ist ersichtlich von großer Unlust in der Befassung mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie getragen und winkt so ziemlich alles durch [...]").

[64] BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1588/15, 2883/15, 1043/16, 1477/16, NZA 2017, 915 (s. im vorliegenden Kontext insbesondere den 4. Leitsatz der Entscheidung, wonach der Gesetzgeber bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie „über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum" verfügt).

[65] BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, Rn. 25.

Regeln zur Auswahl geboten werden (z.B. durch die Wahl zwischen einem „normalen“ und einem Telearbeitsvertrag).

4. Auf kollektivvertraglicher Ebene bestehen angesichts des annähernden Kräftegleichgewichts zwischen den Verhandlungsparteien prinzipiell keine Bedenken gegen die Ausweitung der Vertragsfreiheit durch den Ausbau des tarifdispositiven Gesetzesrechts. Insbesondere bei der Gestaltung der betrieblichen und der unternehmerischen Mitbestimmung erscheint es sinnvoll, den Kollektivvertragsparteien mehr Möglichkeiten der Einflussnahme einzuräumen. Unbillige Ergebnisse drohen allerdings dann, wenn auch durchsetzungsschwache Gewerkschaften vom gesetzlichen Arbeitnehmerschutz abweichen können und der Gesetzgeber eine Erstreckung der gesetzesderogierenden Tarifverträge auf nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien durch einzelvertragliche Bezugnahme erlaubt.

5. Mehr politische Gestaltungsfreiheit für den Arbeitsgesetzgeber ist wünschenswert. Aus dem Verfassungsrecht sollten nicht allzu starre Vorgaben für die Ausgestaltung des Arbeitsrechts abgeleitet werden. Auf diese Weise werden dem Gesetzgeber Experimentierräume garantiert, um die sozial- und arbeitsmarktpolitischen Herausforderungen unserer Zeit zu bewältigen. Zu wünschen ist außerdem, dass die Rechtsvergleichung in der Arbeitsrechtswissenschaft eine größere Rolle spielt. Der Blick auf ausländische Rechtsordnungen ist hilfreich, um regulatorische Lösungen für die Probleme der modernen Arbeitswelt zu finden.

Mehr Freiheit wagen mit Menschenrechten

Ein Versuch zur Rechtssicherheit durch Investitionsschutzrecht

Jan Kleinheisterkamp

I. Einleitung

Rechtssicherheit im internationalen Wirtschaftsverkehr und Menschenrechte sind Konzepte, die selten in Zusammenhang gebracht werden. Dabei spielen sie in der Diskussion um die rechtliche Erfassung der Globalisierung eine zentrale Rolle. *Jürgen Basedow* hat einen Aspekt ihres Zusammenspiels in seiner Abhandlung zur „Parteiautonomie als Grundlage des IPR" aufgegriffen,[1] welcher auch seine Haager Vorlesung von 2013 zum „Recht der offenen Gesellschaften" geprägt hat.[2] So schreibt er zum Untertitel „Rechtswahlfreiheit als vorstaatliches Recht":

[1] *Jürgen Basedow,* Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011) 32–59.

[2] *Jürgen Basedow,* The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations (Leiden/Boston 2013) 192–204.

„Verträge, mit denen Eigentumsrechte begründet oder verändert werden, müssen [...] in ihren Wirkungen voraussehbar sein. Dies ist nicht der Fall, wenn ihre Wirkungen davon abhängen, welches nationale Gericht angerufen und von seinem jeweiligen Kollisionsrecht auf unterschiedliche nationale Rechte verwiesen wird. Aus der Konzeption der Menschenrechte, also der grundsätzlichen Existenz subjektiver Rechte *vor* jeder staatlichen Rechtsordnung, ist dann zu folgern, dass die Bemühungen der einzelnen Vertragspartner um die Herstellung von Rechtssicherheit, nämlich die Rechtswahl, dem Grunde nach Anerkennung finden. *Es geht insoweit gleichsam um ein Menschenrecht in einer globalisierten Welt,* das sich tendenziell nicht nur gegen einen, sondern gegen mehrere beteiligte Staaten richtet, nämlich gegen alle Staaten, deren Gerichte für die Austragung von Streitigkeiten aus einem Vertrag zuständig sind. Sie werden verpflichtet, die Rechtswahl als Instrument der rechtssicheren Orientierung in einer multi-jurisdiktionellen Welt anzuerkennen.“[3]

Rechtssicherheit und Rechtswahlfreiheit als gleichsam ein Menschenrecht in einer globalisierten Welt ist als These schon deswegen reizvoll, weil diese die öffentlich-rechtliche Dimension der Thematik in den Vordergrund bringt. Das Zusammenspiel von Marktregulierung und Parteiautonomie ist einer der Eckpfeiler des Werkes von *Jürgen Basedow,* der in seinem „Theoretischen Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates“ das Konzept des „Wirtschaftskollisionsrechts“ geprägt hat.[4] Dieser öffentlich-rechtlichen Dimension sowie den daraus folgenden Beschränkungen für die Parteiautonomie kommt eine besondere Rolle zu, wenn Wirtschaftsakteure versuchen, durch die entsprechende Verquickung von materieller Rechtswahl und verfahrensrechtlichen Gerichtsstands- bzw. Schiedsvereinbarungen für sich selbst wirtschaftliche Berechenbarkeit zu schaffen.[5] Die Schaffung einer solchen privaten Rechtssicherheit im internationalen Wirtschaftsverkehr ist auch ein Kernstück der Rechtfertigung des modernen Rechts der Handelsschiedsgerichtsbarkeit.[6] Gleiches gilt für die Rechtfertigung des modernen Investitionsschutzrechts, einschließlich seiner Streitbeilegungsmechanismen zwischen Investoren und Gaststaaten (auf Englisch Investor-State Dispute Settlement –

---

[3] *Basedow,* Theorie der Rechtswahl (Fn. 1) 55 (Hervorhebung hinzugefügt).

[4] Siehe *Jürgen Basedow,* Wirtschafskollisionsrecht – Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates, RabelsZ 52 (1988) 8–38.

[5] Siehe *Jan Kleinheisterkamp,* Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit – ein praktischer Versuch, RabelsZ 73 (2009) 818–841; anders *Jürgen Basedow,* Zuständigkeitsderogation, Eingriffsnormen und ordre public, in: FS Ulrich Magnus (München 2015) 337–352, 349–352 mit scharfer Kritik an BGH 5.9.2012 – VII ZR 25/12, BeckRS 2012, 20587; dazu wiederum *Jan Kleinheisterkamp,* Legal Certainty, Proportionality and Pragmatism: EU Overriding Mandatory Laws in International Arbitration, ICLQ 67:4 (2018), im Erscheinen.

[6] Siehe z.B. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 629: „As in Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974), we conclude that concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' [arbitration] agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context.“

ISDS), die traditionell ebenfalls durch Schiedsgerichtsbarkeit erfolgen.[7] Die rechtliche Absicherung privater Investoreninteressen vor „politischem“ Risiko ist in ihrem Kerngehalt öffentlich-rechtlicher Natur. Durch internationale Investitionsschutzabkommen (auf Englisch Bilateral Investment Treaties – BITs; oder International Investment Agreements – IIAs) werden gleichsam ein besonderes Verwaltungsrecht und eine Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der internationalen Ebene synthetisiert, um die Unsicherheit und Schwächen der Verwaltungs- und Verfassungspraxis des Gaststaates zu kompensieren.[8]

Die private Rechtssicherheit gegenüber Eingriffen des Staates ist freilich auch der Gegenstand der verfassungsrechtlichen Grundrechte (auf der nationalen Ebene) und der Menschenrechte (auf internationaler Ebene). Und es ist daher nicht verwunderlich, dass die Rechte aus Investitionsschutzabkommen, die insbesondere auf den Vermögensschutz und den Schutz der wirtschaftlichen Tätigkeit abzielen, von manchen, wenn nicht gar als menschenrechtsgleich, dann doch wenigstens, wie die Menschenrechte, als quasi-verfassungsrechtlich angesehen werden.[9] Gegenstand dieses Beitrages soll es denn sein, diese Idee der privaten Rechtssicherheit durch Schiedsverfahren, mit Schwerpunkt auf dem Investitionsschutzrecht, auf ihre verfassungs- und menschenrechtliche Einbettung hin zu untersuchen. Denn gerade die normative Steigerung der privaten Rechtssicherheit ist es, die am derzeitigen Investitionsschutzrecht mit größter Schärfe und politischem Erfolg kritisiert wird, wenn vorgebracht wird, es handele sich um ein „Sonderrecht für Konzerne“.[10]

---

[7] Siehe z.B. *Aaron Broches,* Opening Address at the First Consultative Meeting of Legal Experts (Addis Abeba, 16.12.1963), in: ICSID, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States – Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Bd. II (Washington, D.C., 1968) 239: „Unfortunately, private capital is not being transferred in sufficient volumes to the areas in need of capital, one of the most serious impediments for its transfer being the fear of investors that their investments will be exposed to political risks such as expropriation, government interference and the non-observation by the host government of the contractually assumed obligations on the basis of which the investments were made [...] The Bank concluded that the most promising option would be to tackle the problem of the unfavorable investment climate by the creation of a machinery offered on a voluntary basis for the conciliation and arbitration of investment disputes.“

[8] Zu den teleologischen Konsequenzen dieser Kompensationslogik siehe *Jan Kleinheisterkamp,* Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions, Mod.L.Rev. 78:5 (2015) 793–825.

[9] Siehe z.B. *Todd Weiler,* Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order, B.C. Int’l & Comp.L.Rev. 27:2 (2004) 429, 431.

[10] Siehe nur *Silvia Liebrich,* EU-Parlament winkt Sonderrechte für Konzerne durch, Süddeutsche Zeitung vom 1.5.2014; siehe auch U.S. Trade Representative *Robert Lighthizer*: „It’s always odd to me when the business people come around and say ‘oh, we just want our investments protected.’ I thought, ‘well so do I.’ I mean don't we all? I would love to have my investments guaranteed. But unfortunately it doesn’t work that way in the market. It does work that way when you're talking about special interests“; zitiert nach:

Als Aufhänger für diese Untersuchung soll ein Vortrag von Lord Goldsmith QC dienen, des ehemaligen Attorney General der britischen Krone, zu den Folgen und Möglichkeiten von Brexit für London als Schiedsort.[11] Dieser Aufhänger mag thematisch auf den ersten Blick etwas verwundern. Im Folgenden wird jedoch hoffentlich deutlich, wie gerade die Zusammenschau der von Goldsmith scheinbar ohne direkten Zusammenhang ausgewählten Themen es erlaubt, die tieferliegende Frage der Einbettung der Rechtssicherheit im internationalen Wirtschaftsverkehr herauszuarbeiten.

II. Die Sanierung des englischen Rechts und der Rechtssicherheit

Rechtsunsicherheit ist eigentlich nichts, was einen englischen Juristen besonders stören würde: *It is not a problem, it is an opportunity*. Vielleicht ist diese Einstellung als eine Spielart des englischen Utilitarismus seit Bentham zu verstehen,[12] und sie mag sich in der englischen Rechtspraxis unter anderem mit den in der Londoner City so zentralen *billable hours* erklären lassen. In jedem Fall ist sie wohl die einzige pragmatische und realistische Art, mit der eher organischen als strukturell Rechtssicherheit verfestigenden Natur des *common law* umzugehen.[13] Die Hochstilisierung sowohl der Plädierkunst der

---

In his own words: Lighthizer lets loose on business, Hill opposition to ISDS, sunset clause, Inside U.S. Trade Daily Report 20.10.2017.

[11] *Lord Goldsmith,* London Court of International Arbitration (LCIA) Key Note Address: 2019 and all that (18.9.2016), <https://www.debevoise.com/~/media/files/insights/publications/2016/10/501343265v1_pg_speech_to_lcia_washington_conformed.pdf>.

[12] Siehe den Bentham-Schüler *John Stuart Mill,* Utilitarianism (London 1863) 22: „All the grand sources, in short, of human suffering are in a great degree, many of them almost entirely, conquerable by human care and effort; and though their removal is grievously slow yet every mind sufficiently intelligent and generous to bear a part, however small and unconspicuous, in the endeavour, will draw a noble enjoyment from the contest itself, which he would not for any bribe in the form of selfish indulgence consent to be without." Siehe auch unten bei Fn. 71.

[13] Siehe insbesondere den von Bentham geprägten „amerikanischen Realismus" von *Oliver W. Holmes,* The Common Law (Boston 1881) 1: „The life of the law has not been logic; it has been experience." *Ders.* The Path of the Law, Harv.L.Rev. 10 (1897) 457, 466: „And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding." *Benjamin N. Cardozo,* The Growth of Law (New Haven 1927) 70: „We tend sometimes in determining the growth of a principle or a precedent, to treat it as if it represented the outcome of a quest for certainty. That is to mistake its origin. Only in the rarest instances, if ever, was certainty either poss-

barristers (und damit der Mündlichkeit des englischen Gerichtsverfahrens) als auch der Kautelarpraxis der *solicitors* (und damit des beachtlichen Umfangs angelsächsischer Handelsverträge) mag beide Erklärungen vereinen können. In gerade dieser Tradition äußert sich auch Lord Goldsmith – obwohl bekennender *remainer* – zum Brexit, dabei aber wohl eher in seiner jetzigen Rolle als *head of litigation* von Debevoise & Plimpton:

„In fact, leaving the EU may present new opportunities for English law to enhance its usefulness and ultimately popularity even more [...] The first is what I will term the decontamination of English law. In many areas of the law, European law has coloured and moulded traditional common law.“[14]

Goldsmith präsentiert sodann drei scheinbar eklektisch gewählte Beispiele für die mögliche Entseuchung des englischen Rechts, die besondere Aufmerksamkeit verdienen und sowohl einzeln als auch im Zusammenhang gesehen verwunderlich sind.

1. Verhältnismäßigkeit im englischen Verwaltungsrecht

Als Erstes befasst sich Goldsmith mit dem sog. *Wednesbury*-Test des *common law* in Verwaltungssachen. In *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* entschied der Court of Appeals 1948,[15] dass ein Ermessensverwaltungsakt lediglich der gerichtlichen Überprüfung unterstehen kann, wenn – wie die Entscheidung später durch Lord Diplock ausgelegt wurde – das Gericht davon überzeugt ist, dieser sei „so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person could have arrived at it.“[16] Klar sei, dass dieser Test den englischen Gerichten keine inhaltliche Abwägung erlaube, sondern lediglich eine rein formelle Überprüfung dessen, ob unangemessene Faktoren zur Entscheidung herangezogen wurden, ob erforderliche Faktoren nicht einbezogen wurden und ob die auf einer solchen Grundlage getroffene Entscheidung jenseits jeglicher Vernunft

---

ible or expected. The principle or the precedent was the outcome of a quest for probabilities… They are in truth provisional hypotheses, born in doubt and travail, expressing the adjustment which commended itself at the moment between competing probabilities.“ *Jerome Frank,* Law and the Modern Mind (New York 1930) 159: „If we relinquish the assumption that law can be made mathematically certain, if we honestly recognize the judicial process as involving unceasing adjustment and individualization, we may be able to reduce the uncertainty that characterizes much of our present judicial output to the extent that such uncertainty is undesirable. By abandoning an infantile hope of absolute legal certainty we may augment markedly the amount of actual legal certainty.“

[14] *Goldsmith,* LCIA Keynote Address (Fn. 11) 6.

[15] *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA).

[16] *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 410 (HL).

liegt. Die historische Beschränkung der Gerichte auf diesen „rigid test of irrationality“[17] des *common law,*[18] welcher der beschränkten Überprüfung von Ermessensfehlgebrauch der zweiten Variante des § 114 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung) im deutschen oder dem *detournement de pouvoir* des französischem Rechts entspricht,[19] wurde erst in dem European Communities Act 1972 aufgelöst, und noch weiter in dem Human Rights Act 1998. Durch diese wurde – zunächst für Konstellationen des Binnenmarktes, dann für den weiteren Anwendungsbereich der EMRK vor englischen Gerichten – auf zwei parallelen Wegen einer der weltweiten Exportschlager des deutschen Rechts, die Verhältnismäßigkeitsprüfung, in das englische Recht eingeführt und somit den englischen Richtern anbefohlen bzw. (je nach Sichtweise) aufgezwungen.[20] Wie Goldsmith betont, hat die potentielle Überprüfbarkeit praktisch aller englischen verwaltungsrechtlichen Gerichtsentscheidungen durch den EuGH oder den Straßburger Gerichtshof letztlich die englischen Gerichte dazu bewegt, die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch als Teil des *common law* anzuerkennen, so nun in 2015 ausdrücklich in *Pham v Home Secretary*.[21] Scheinbar erleichtert bemerkt Goldsmith: „So judges will decide these cases with an eye turned towards the European Courts. That will no longer be necessary after the UK exit from the EU.“[22]

2. *Forum non conveniens*

Das zweite Beispiel, mit dem Goldsmith die erhoffte Sanierung des *common law* demonstrieren möchte, ist die Rückgewinnung der *forum non conveniens*-Doktrin.[23] Diese musste vor englischen Gerichten den „rigid mechanistic rules“

---

[17] Lord Mance in *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20, Rn. 51.

[18] Für eine historisch nuanciertere Analyse siehe *Paul P. Craig,* Proportionality and Judicial Review: A UK Historical Perspective, in: General Principles of Law: European and Comparative Perspectives, hrsg. von Stefan Vogenauer/Stephen Weatherill (Oxford 2017) 145–166.

[19] Conseil d’Etat 26.11.1875 (arrêt *Pariset*), Rec. 934.

[20] Siehe *Tom Poole,* Proportionality in Perspective, New Zealand Law Review 2010, 369, 370: „For common lawyers, a recital of this origins story [of the transplant of proportionality from Germany via the European Communities and the ECHR] often acts as a prelude to handwringing over the imposition of an ‘alien’ graft from ‘highly systematic’ Continental traditions of public law onto an otherwise organic system of common law” (mit weiterführenden Verweisen).

[21] Ausdrücklich *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, Rn. 61 und 94, mit Verweis auf die Meinung von Lord Mance in *Kennedy v Charity Commission* [2014] UKSC 20, Rn. 51: „The common law no longer insists on the uniform application of the rigid test of irrationality once thought applicable under the so-called Wednesbury principle.“

[22] *Goldsmith,* LCIA Keynote Address (Fn. 11) 7.

[23] Für die Begründung von *forum non conveniens* siehe *Spiliada Maritime Corporation* v *Cansulex Ltd* [1987] AC 460 (HL), insbesondere S. 476.

des Brüsseler Regimes der europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVO) weichen, wie der EuGH 2005 in der Entscheidung *Owusu ./. Jackson* klarstellte.[24] Zur Illustration wählt Goldsmith eine Klage, die 2015 von 1.826 Dorfbewohnern aus Sambia vor dem englischen High Court gegen den britischen Bergbaukonzern Vedanta Resources und sein Tochterunternehmen, Konkola Copper Mines (KCM), den größten privaten Arbeitgeber in Sambia, eingereicht wurde. Gegenstand der Deliktsklage ist Schadensersatz für Umwelt- und Gesundheitsschäden, welche durch industrielle Abwässer aus dem Kupferabbau verursacht sein sollen. Vedanta machte geltend, dass das Gericht seine Zuständigkeit auf der Grundlage der *forum non conveniens*-Doktrin ablehnen solle, u.a. weil die europäische *Owusu*-Rechtsprechung nicht nur unanwendbar, sondern auch unsinnig („flawed") sei. Coulson J. hat diese Verteidigung kategorisch abgelehnt, zusammen mit dem (lediglich auf Zeitgewinn abzielenden) Hilfsantrag, dem EuGH die Frage vorzulegen. Er befand dass der englische Gerichtsstand nicht nur gegen Vedanta, sondern auch gegen das zambische Tochterunternehmen – nun ohne Einfluss des europäischen Rechts – begründet sei. Es sei letztlich inakzeptable, zwei parallel Gerichtsverfahren auf verschiedenen Seiten des Globus über dieselben Tatsachen und Ereignisse führen zu müssen.[25] Darüber hinaus hob der Richter hervor, dass die ihm vorgelegten Tatsachen klar und zwingend aufzeigten, dass die Kläger in Zambia keinen angemessenen Rechtsschutz erführen, was (nach den Kriterien des englischen Rechts) letztlich ebenfalls für die Zulässigkeit der Klage gegen das Tochterunternehmen spreche. Lord Goldsmith kommentiert dazu lapidar:

> „As it currently stands, the ability to remove these cases from the English courts is limited at best. But it will be open to the United Kingdom once released from the constraints of EU membership to revert to a different system, indeed the old system of forum conveniens [*sic*]."[26]

3. *Investitionsschiedsgerichtsbarkeit*

Das dritte Beispiel, mit dem Goldsmith die potentiellen Chancen Großbritanniens nach dem Brexit illustrieren möchte, ist die Schiedsgerichtsbarkeit zum Schutze von Auslandsinvestitionen.[27]

---

[24] EuGH 1.3.2005 – Rs. C-281/02 (*Owusu ./. Jackson),* ECLI:EU:C:2005:120, Rn. 37–44.

[25] *Lungowe & Ors v Vedanta Resources Plc & Anor* [2016] EWHC 975 (TCC), Rn. 168.

[26] *Goldsmith,* LCIA Keynote Address (Fn. 11) 9.

[27] Unklar ist dabei Goldsmiths Übergang von dem *forum non conveniens*-Beispiel zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit: „I was a staunch remainer. And indeed still am. But through my despair at the prospect of economic life outside the warm glow of Brussels, I am excited at the prospect of regaining our traditional approach to jurisdiction which could result in a substantial number of new cases starting or remaining in the English courts"; *Goldsmith,* LCIA Keynote Address (Fn. 11) 9.

In Bezug auf die (im September 2016 allerdings schon praktisch tote) Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) mit den USA bemerkt Goldsmith:

„NGOs and politicians on the left complaining in varying degrees of polemic about whether important social issues such as health issues on smoking, nuclear power, and regulation of the private sector are being taken away from the control of democratically elected governments by the current ISDS system. Despite a strong if late rally by the arbitral community against these changes, far reaching proposals for change are being considered. The current EU commission proposal would do away with our current system of international investment arbitration […]“[28]

Damit verweist er auf die Vorschläge der Kommission, die seitdem als politische Lösung der großen Spannungen sowohl im Europäischen Parlament als auch in vielen Mitgliedstaaten in Bezug auf die Benutzung der Schiedsgerichtsbarkeit zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Investoren und Gaststaaten (ISDS) in dem Abkommen der EU mit Kanada (CETA) umgesetzt wurden – und auf Betreiben der EU und Kanada zum Gegenstand von weiteren Verhandlungen bei UNCITRAL geworden sind. Dabei handelt es sich um die Idee, statt dezentraler Schiedsgerichte vielmehr ein multilaterales internationales Gericht für Investitionsstreitigkeiten (Investment Court System – ICS) aufzubauen. Dieses würde – mit fest angestellten und qualifizierten Richtern, Öffentlichkeit der Verfahren und etlichen anderen Eigenschaften – die Beilegung der zu Grunde liegenden, ihrem Wesen nach öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten den Verfahren vor öffentlichen Gerichten annähern.[29] Auch hier sieht Goldsmith in dem Brexit die Gelegenheit, dem europäischen Trend entgehen zu können, um weiterhin die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vorantreiben zu können:

„It might be thought that being freed of the shackles of having to agree to the same system by leaving the EU would give the UK an advantage. […] [T]here is the prospect that we will see UK investment treaties as creating better dispute resolution systems.“[30]

4. *Kleinere Anmerkungen zu den einzelnen Beispielen*

Goldsmiths Wahl seiner scheinbar nicht miteinander verwandten Beispiele zur Sanierung des englischen Rechts mag im Detail verwundern. Wenn schon ein materiell-rechtliches Beispiel für die Unterwanderung der klassischen Doktrin des *common law* angeführt wird, warum dann gerade die Verhältnismäßigkeit im englischen Verwaltungsrecht (zumal im Zusammenhang mit

---

[28] *Goldsmith,* LCIA Keynote Address (Fn. 11) 9.

[29] Für eine grundlegende Kritik an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als inkompatibel mit der öffentlich-rechtlichen Natur der zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse siehe *Gus van Harten,* Investment Treaty Arbitration and Public Law (Oxford 2007) 152–184.

[30] *Goldsmith,* LCIA Keynote Address (Fn. 11) 9–10.

London als Schiedsort) – und nicht, statt dessen, einer der Klassiker des Themas der Rechtssicherheit des *common law,* wie z.B. die von Lord Hoffmann eingeleitete und von vielen beklagte Wende des Rechts der Auslegung seit der Entscheidung im Fall *Investors Compensation Scheme*[31] oder die schleichende Unterwanderung des *common law* durch das kontinentale Konzept von Treu und Glauben (*good faith*)?[32]

Auch *forum non conveniens* ist als Beispiel nicht wirklich orthodox, und sei es nur, weil die Doktrin eigentlich gar nicht dem *common law* entstammt, sondern vielmehr ein Transplant aus dem schottischen Recht darstellt. Unorthodox ist die Wahl dieses Beispiels auch deshalb, weil Goldsmith offenlegt, selber in einem anderen Fall involviert zu sein, „where we seek to obtain another result". So vertritt Goldsmith Shell anwaltlich in den Massenverfahren, welche von nigerianischen Bürgern wegen der Ölverseuchungen im Ogoniland durch ein Shell-Tochterunternehmen vor englischen Gerichten angestrengt werden. Und insoweit hat Goldsmith Erfolg gehabt: Während die Entscheidung *Lungowe v Vendanta* erst vor kurzem vom Court of Appeals bestätigt worden ist,[33] hat der Richter in dem *Shell*-Fall die Zuständigkeit des englischen Gerichts abgelehnt.[34]

Zuletzt ist auch Goldsmiths propagierte Rückkehr zu den guten alten Tagen der britischen BITs ihrerseits nicht unbedingt konsequent. Ein entscheidender Kritikpunkt gegen BITs ist die Unbestimmtheit der in ihnen tragenden Rechtsbegriffe, welche den privaten Schiedsrichtern eine exzessive Auslegungshoheit in der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln geben würde.[35] Mit praktisch demselben Argument hatte sich Goldsmith als Unterhändler für die britische Krone bei den Verhandlungen um die europäische Grundrechtecharta vehement gegen ihre Rechtsbindungskraft ausgesprochen:

---

[31] *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28 (HL); für eine kritische Bewertung siehe *Catherine Mitchell,* Obligations in Commercial Contracts: A Matter of Law or Interpretation?, Current Legal Problems 65 (2012) 455–488.

[32] Siehe z.B. *Michael Bridge,* Good Faith, the Common Law, and the CISG, Unif.L. Rev. 2017, 98–115.

[33] *Lungowe & Ors v Vedanta Resources Plc & Anor* [2017] EWCA Civ 1528 (HC).

[34] *Okpabi & Ors v Royal Dutch Shell Plc & Anor* [2017] EWHC 89 (TCC), Rn. 119: „Absent the existence of proceedings on foot in England against RDS, there is simply no connection whatsoever between this jurisdiction and the claims brought by the claimants, who are Nigerian citizens, for breaches of statutory duty and/or in common law for acts and omissions in Nigeria, by a Nigerian company."

[35] Siehe z.B. *van Harten,* Investment Treaty Arbitration (Fn. 29) 121 ff.; *Simon Lester,* Rethinking the International Investment Law System, J.W.T.L. 49:2 (2015) 216–217: „Open-ended provisions that are available only to foreign investors contribute to the perception that international economic law is a corporate hand out, with ordinary people ignored."

„My own view is that the political declaration route was the right approach. […] I believe the Charter lacks the precision of language necessary to allow it legal force. President Herzog wanted us to draft so that the Charter could be integrated into the Treaties if that was subsequently decided. In this respect I believe we have not succeeded. Even with the helpful commentary produced by the Presidium, the Charter will lack the precision necessary for a law.“[36]

III. Rechtssicherheit und Interessen

Goldsmiths Inkohärenz im letzten Beispiel wirft bereits einen Schatten der Selektivität seiner Konzeption der Rechtssicherheit voraus, welche erst dann ganz deutlich wird, wenn man alle drei Beispiele zusammen betrachtet und tiefer beleuchtet – und dabei insbesondere die ersten zwei Beispiele mit dem dritten Beispiel kontrastiert. Denn im Wesentlichen reduziert sich Goldsmiths Trias der Sanierung des *common law* auf die folgenden Forderungen:

1. Die Möglichkeiten britischer Bürger, eine Inhaltskontrolle von Verwaltungsakten durch englische Gericht zu erzwingen, sollen durch die Wiederabschaffung der Verhältnismäßigkeitsprüfung reduziert werden.
2. Die Möglichkeiten ausländischer Bürger, britische Unternehmen für die Konsequenzen ihrer Auslandsinvestitionen durch Tochterunternehmen vor englischen Gerichten haftbar zu machen, sollen mit der Wiedereinführung der *forum non conveniens*-Regel begrenzt werden.
3. Die Möglichkeiten ausländischer Investoren, anstatt vor nationalen Gerichten vor internationalen Schiedsgerichten gegen Eingriffe des Gaststaates in ihre Eigentums- und wirtschaftlichen Freiheitsrechte zu klagen, sollen durch die Abkoppelung von den europäischen Reformbestrebungen erhalten bleiben.

1. Selektivität der Staatshaftung

Der Kontrast zwischen dem ersten und dem dritten Beispiel macht in mehrfacher Hinsicht stutzig. Denn die Beschränkung gerichtlicher Überprüfung von Verwaltungsermessen auf bloß formellen Ermessensfehlgebrauch, wie im alten *Wednesbury*-Test festgelegt, geht Hand in Hand mit der Beschränkung der Staatshaftung im englischen *common law*. Ursprünglich scheiterte eine Staatshaftung bereits an der *doctrine of justiciability,* wonach staatliches Handeln der gerichtlichen Überprüfung weitgehend entzogen war. Jenseits der mittlerweile stark abgebauten Hürde der Justiziabilität hält jedoch das materielle Recht des *common law* die richterliche Überprüfung in Schach:

---

[36] *Lord Goldsmith,* A Charter of Rights, Freedoms and Principles, CMLR 38 (2001) 1201, 1215.

„The present position of English law, as it was before 1978, is therefore that public bodies owe no duty of care by virtue only of the fact that they have statutory powers or public law duties. An actual relationship with the claimant, such as would give rise to a duty of care on the part of a private body, is required. The effect is to take out of the law of negligence most questions of whether a public body has made the right decisions about how it should exercise its powers, that is to say, questions of administration.“[37]

Diese radikale Reduzierung der Haftung der öffentlichen Hand auf Fälle, in denen eine privat handelnde Person haftbar wäre, führt im *common law* faktisch dazu, dass Klagen von Bürgern, die wegen Vernachlässigung öffentlich-rechtlicher Pflichten durch die Verwaltung geschädigt wurden, praktisch keine Aussichten auf Erfolg haben.[38] Auch hier hat das EU-Recht durch die *Francovich*-Rechtsprechung und die EMRK mittels des Human Rights Act 1998[39] eine Wende in England herbeigeführt. Als jedoch im Jahr 2008 die englische Law Commission einen Vorschlag unterbreitete, das englische Staatshaftungsrecht wegen der Beschränktheit des *common law* in Anlehnung an *Francovich* zu reformieren,[40] scheiterte dies an einer vehementen Ablehnung,[41] insbesondere durch die englischen Regierung: Die Ausweitung der

---

[37] *Lord Hoffmann,* Bar Council Law Reform Lecture: Reforming the Law of Public Authority Negligence (17.11.2009), <http://www.barcouncil.org.uk/media/100362/lord_hoffmann_s_transcript_171109.pdf>, Rn. 15, mit Verweis auf seine Entscheidungen in *Stovin v Wise* [1996] AC 923, [1996] UKHL 15 (HL) und *Gorringe v Calderdale Metropolitan Borough Council* [2004] WLR 1057, [2014] UKHL 15 (HL).

[38] Siehe z.B. *Gorringe* [2004] WLR 1057, [2004] UKHL 15, Rn. 13, 17: „The highway authority had no exemption from ordinary liability in tort. But the duty to take active steps to keep the highway in repair was special to the highway authority and was not a private law duty owed to any individual. [...] If the highway authority at common law owed no duty other than to keep the road in repair and even that duty was not actionable in private law, it is impossible to contend that it owes a common law duty to erect warning signs on the road [...] [T]he imposition of such a liability upon a highway authority through the law of negligence would be inconsistent with the well established rules which have always limited its liability at common law.“

[39] Artikel 6, 7 und 8 des Human Rights Act 1998.

[40] *Law Commission,* Consultation Paper No 187: Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, <https://www.lawcom.gov.uk/project/administrative-redress-public-bodies-and-the-citizen/>, Rn. 2.6: „In judicial review, we consider that it is incorrect that damages are available in situations covered by EU law and by the Human Rights Act 1998 but are not available in other situations solely covered by domestic law.“

[41] Für die Richterschaft siehe *Lord Hoffman,* Bar Council Law Reform Lecture (Fn. 37) S. 1: „[The Law Commission suggests that a] person who suffered loss in consequence of the act or omission of a public body should be able to claim compensation if it had been seriously at fault in the exercise of its powers […] I think that this is an absolutely terrible idea […]“; etwas nuancierter *Lord Dyson,* PIBA Richard Davies Lecture: The duty of care of public authorities: too much, too little or about right? (27.11.2012), <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/mr-speech-piba-lecture-27112012.pdf>.

Staatshaftung würde unnötige Gerichtsverfahren und damit verbunden erhöhte Kosten der Verwaltung hervorrufen, insbesondere für das Abwehren der so herbeigeführten Klagen, und sie könne eine Zögerlichkeit der Verwaltung bewirken, im öffentlichen Interesse zu handeln bzw. sich zu vergleichen.[42]

Diesem im Jahr 2010 abgeschmetterten Reformvorschlag kommt eine besondere Bedeutung zu, denn seit 2010 ist nunmehr die Conservative Party an der Regierung, welche sich in demselben Jahr die Abschaffung des Human Rights Act 1998 in ihr Parteiprogramm geschrieben hat und wiederholt den Austritt Großbritanniens aus der EMRK angekündigt hatte.[43] Dieselbe Partei hat das Referendum zum Brexit zu verantworten, und nunmehr die Verhandlungen zum Austritt Großbritanniens aus der EU. Zwar ist seitdem der Austritt aus der EMRK in den Hintergrund geraten, jedoch wohl nur bis zur Abwicklung des Brexit zurückgestellt,[44] da die Gerichtsbarkeit sowohl des EuGH als auch des Straßburger Gerichtshofs zentrale Argumente für den Brexit waren und immer noch sind (mit der zwingenden Konsequenz des Verlustes des Zugangs zum EU-Binnenmarkt).

Damit stellt sich die Situation für britische Bürger wie folgt dar: Ihre nach EU-Recht und nach der EMRK existierenden Rechte auf Schutz vor staatlichen Eingriffen in ihre supra- und international verankerten Grundrechte, welche vor internationalen Gerichtsbarkeiten durchsetzbar sind, werden ihnen genommen werden mit dem Verweis auf das in dieser Hinsicht unzulängliche, wenn nicht gar unzumutbare *common law*. Angesichts des Widerstandes gegen die Staatshaftungsrechtsreform kann auch von einer künftigen UK Bill of Rights diesbezüglich wenig erhofft werden. Dieselbe Regierung ist jedoch bereit, als *quid pro quo* für gleiche Rechte, die britischen Investoren im Ausland (im Rahmen von CETA mit Kanada, wohl aber auch in künftigen Ab-

---

[42] Siehe die Eingaben der britischen Regierung wie zusammengefasst in dem Bericht der *Law Commission,* Report LC 322: Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen (21.4.2010), <https://www.lawcom.gov.uk/project/administrative-redress-public-bodies-and-the-citizen/>, Rn. 2.18, 2.23, 2.25, 4.29, 4.34 und 4.35.

[43] Siehe The Conservative Manifesto 2010: Invitation to Join the Government of Britain (April 2010), <https://www.conservatives.com/~/media/Files/Manifesto2010>, S. 79: „[W]e will replace the Human Rights Act with a UK Bill of Rights"; sowie The Conservative Party Manifesto 2015: Strong Leadership, a Strong Economic Plan, a Brighter, More Secure Future (2015), <https://www.conservatives.com/manifesto2015>, S. 60: „The next Conservative Government will scrap the Human Rights Act, and will introduce a British Bill of Human Rights. This will break the formal link between British courts and the European Court of Human Rights, and make our own Supreme Court the ultimate arbiter of human right matters in the UK."

[44] Siehe auch The Conservative and Unionist Party Manifesto 2017: Forward, Together (2017), <https://www.conservatives.com/manifesto>, S. 37: „We will not repeal or replace the Human Rights Act while the process of Brexit is underway but we will consider our human rights framework when the process of leaving the EU concludes."

kommen mit den USA oder China[45]) eingeräumt werden, ausländischen Investoren in Großbritannien Schutz vor britischen staatlichen Eingriffen in supranational definierte Schutzrecht vor internationalen Schiedsgerichten zu gewähren.[46] In diesem Kontext erreicht der Vorwurf der „Sonderrechte für Konzerne“ durch Investitionsschutzabkommen eine besondere Schärfe. Klar ist nur, dass die dargestellte Situation zumindest politisch nicht tragbar sein dürfte, denn „taking back sovereignty“, das zentrale Brexit-Thema, dürfte den britischen Bürgern unter diesen Umständen kaum verständlich zu machen sein – wenn es sich denn um eine Verständnisfrage handeln würde.

2. *Selektivität des Rechtsweges*

Auch die Gegenüberstellung von Goldsmiths *forum non conveniens*-Argument und seiner Position zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit macht das Paradox der Situation deutlich: Die Gerichte in Sambia, an welche Goldsmith die Dorfbewohner zurückverweisen möchte, sind gerade die Gerichte, welche als für „unsere“ Investoren inakzeptabel angesehen werden, was die Notwendigkeit neutraler internationaler Schiedsgerichte rechtfertigen soll. Effektiver Rechtschutz vor diesen Gerichten ist von dem englischen Richter in *Lungowe v Vedanta* – in der Berufung unbeanstandet –gerade auch für die betroffenen sambischen Bürger als illusorisch beurteilt worden.[47] Dieser Befund beruhte nicht nur auf den prozessualen und finanziellen Schwierigkeiten der Kläger in Sambia, einem der ärmsten Länder der Welt, sowie der Tatsache, dass „on any view the legal system in Zambia is not well developed“.[48] Coulson J. war auch beeindruckt („at least in the eyes of this English judge, ... baffling“) von einem früheren Prozess in einer anderen Sache gegen die Vedanta-Tochter KCM in Sambia, wo das Unternehmen der größte Arbeitgeber des Landes ist:

---

[45] Siehe z.B. die Analyse der britischen Interessen in *Lauge Poulsen/Jonathan Bonnitcha/Jason Yackee,* Costs and Benefits of an EU-China Investment Protection Treaty (April 2013), <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/260370/bis-13-1283-costs-and-benefits-of-an-eu-china-investment-protection-treaty.pdf>, S. 36: „[T]he UK has already assumed most of the risk of these future economic costs through its investment treaty with Hong Kong. As we have noted, the vast majority of Chinese investment in the UK is currently routed via Hong Kong. Thus, notwithstanding the risk of future claims against the UK by Chinese investors, we conclude that an EU-China investment treaty is unlikely to entail significant additional risk of adverse arbitral awards against the UK government.“

[46] Für die neueste Entwicklung in diesem Sinne siehe *Henry Mance/Jim Pickard/Shawn Donan,* UK looks to join Pacific trade group after Brexit, Financial Times 2.1.2018: „Much of [the trade department's] work is focused on attracting direct investment to the UK.“

[47] Vgl. auch *Lubbe and Others and Cape Plc and Related Appeals* [2000] UKHL 41 (HL) (südafrikanische Gerichte nicht das geeignete Forum um eine Massenklage wegen Asbestfolgeschäden zu verfolgen).

[48] *Lungowe* [2016] EWHC 975 (TCC), Rn. 176.

In diesem wurde KCM in erster Instanz verurteilt, wegen Umweltverseuchung Schadensersatz an 2.001 lokale Kläger zu zahlen, was dann jedoch vom sambischen Obersten Gerichtshof wegen offenbar fadenscheiniger Beweisgründe auf Schadensersatz für nur 12 Kläger reduziert wurde.[49] Dies stellt Coulson J. dann in folgenden Kontext:

> „I cannot discount the findings of Mr Justice Musonda in the Nyasulu litigation that KCM 'was shielded from criminal prosecution by political connections and financial influence'. That is an alarming finding. If in the past KCM have been shielded by political connections and financial influence in Zambia, as the judge found that they were, then that must be another factor relevant to the concerns that I have about the claimants obtaining access to justice in Zambia."[50]

Damit wird deutlich, dass sich das Individuum unter den Bedingungen der Globalisierung nicht nur immer häufiger in Konflikten mit mehreren Staaten zugleich sieht, sondern einige Individuen gerade die transnationale Dimension und die Rechtsunsicherheit zu ihren Gunsten nutzen können. Andere Individuen werden dagegen wegen der Bedingungen der Globalisierung in ihren Grundrechten beachtlich (zusätzlich) beeinträchtigt, ohne Zugang zu den gleichen Gerichtsbarkeiten zu haben: wenn es nach Goldsmith geht, weder zu englischen Gerichten noch tatsächlich und rechtlich zu internationalen Schiedsgerichten.

IV. Rechtssicherheit als Ergebnis praktischer Konkordanz

Auch jenseits des englischen und des Dritte-Welt-Kontextes muss man nicht in das (konsequente) nationalistische Lager gehören, um Zweifel an der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit in der derzeitigen Form von BITs zu hegen.[51] Oder sich einer marxistischen Analyse des Völkerrechts anschließen, welche darin einen „ideological tilt of national and international legal orders committed to neo-liberalism: the international legal facilitation of [transnational corporation] advantage" sieht.[52] Vielmehr wird scharfe Kritik gerade auch von streng wirtschaftsliberaler Seite angemeldet.[53] Auch aus der Sicht des politi-

[49] *Lungowe* [2016] EWHC 975 (TCC), Rn. 191.

[50] *Lungowe* [2016] EWHC 975 (TCC), Rn. 197.

[51] Siehe z.B. U.S. Trade Representative Lighthizer – als Rechtfertigung seiner Ablehnung von ISDS: „Why is it my job to help encourage people to invest in Mexico?", zitiert von *Shawn Donan,* Bitter differences over Nafta break into the open, Financial Times 18.10.2017; siehe auch oben Fn. 35.

[52] *Anna Grear,* „[Book Review of] Penelope Simons and Audrey Macklin, The Governance Gap: Extractive Industries, Human Rights, and the Home State Advantage", H.R.L.Rev. 15:3 (2015) 607, 609.

[53] Siehe z.B. *Dan Ikenson* (Direktor des CATO Institute – „a think tank dedicated to the principles of individual liberty, limited government, free markets and peace"), To Save

schen Zentrums genügt ein Besinnen auf den öffentlich-rechtlichen Gehalt des Problems, um seinem Kern näherzukommen. So schreibt auch Basedow in Bezug auf die menschenrechtliche Dimension der Globalisierung:

> „Dass sich das Individuum unter den Bedingungen der Globalisierung immer häufiger in Konflikten mit mehreren Staaten zugleich sieht, kommt in den Menschenrechtskatalogen nur am Rande zum Ausdruck. So hat nach Art. 28 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte ‚jeder Mensch [...] Anspruch auf eine [...] internationale Ordnung, in welcher die in der vorliegenden Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können'. Liest man diese Bestimmung zusammen mit einzelnen Rechten wie beispielsweise der Gewährleistung des Eigentums in Art. 17, so könnte man immerhin die Schlussfolgerung wagen, dass die internationale Ordnung, an der jeder Staat auch durch sein Internationales Privatrecht mitwirkt, so ausgestaltet sein muss, dass dem Einzelnen Rechtssicherheit im Hinblick auf seine Eigentumsrechte gewährt wird."[54]

Basedow hebt Eigentumsrechte „beispielsweise" hervor, was gerade aus der Logik des zitierten Art. 28 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung folgt, denn dieser verlangt die Verwirklichung *aller* angeführten Rechte und Freiheiten. Das Individuum sieht sich unter den Bedingungen der Globalisierung nämlich nicht nur immer häufiger in Konflikten mit mehreren Staaten, sondern auch in Konflikten mit global agierenden Wirtschaftsakteuren. Die Konsequenz ist dann, dass der Staat sein IPR und seine völkerrechtlichen Verpflichtungen so ausgestalten sollte, dass Rechtssicherheit hinsichtlich aller unter den Bedingungen der Globalisierung betroffenen Rechte und Freiheiten gewährt wird. So sehr „Verträge, mit denen Eigentumsrechte begründet werden, ... in ihren Wirkungen vorhersehbar sein" müssen, so sehr müssen auch die Wirkungen der Regulierung der von den globalen Wirtschaftsaktivitäten betroffenen Märkte vorhersehbar und effizient sein, ohne im Wege der *regulatory arbitrage* ausgehebelt zu werden.[55] Insoweit stehen sich die „private" Rechtssicherheit und die „öffentliche" Rechtssicherheit dialektisch gegenüber.[56] Letztere ist mindestens ebenso menschenrechtsgeprägt wie Erstere: Staatliche Regulierung im öffentlichen Interesse ist nicht nur ein hoheitliches Recht, sondern eine verfassungsrechtliche und gleichsam menschenrechtliche Pflicht.[57] IPR und völkerrechtliche Verpflichtungen müssen dann beiden Dimensionen der Rechtssicherheit gerecht werden. So sehr im Rahmen der Globalisierung international agierende Wirtschaftsunternehmen

---

NAFTA, Kill Its Controversial Dispute Settlement Provisions, Forbes.com 24.10.2017; siehe auch *Lester* (ebenfalls vom CATO Institute), J.W.T.L. 49:2 (2015) 216.

[54] *Basedow,* RabelsZ 75 (2011) 32, 55.

[55] Siehe dazu *Annelise Riles,* Managing Regulatory Arbitrage: A Conflict of Laws Approach, Cornell Int'l L.J. 2014, 63, 65.

[56] Zu dieser Unterscheidung siehe *Kleinheisterkamp,* Legal Certainty (Fn. 5).

[57] Vgl. auch Leitprinzipien 1–3 der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, UN Doc. A/HRC/17/31 (31.3.2011), <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/17/31&Lang=E>.

Rechtssicherheit in Hinblick auf ihre Eigentumsrechte haben sollen, so sehr soll auch die sambische Bürgerin Rechtssicherheit in Hinblick auf den Schutz ihrer Lebensgrundlage und ihrer Würde vor den Konsequenzen der Globalisierung genießen – und eben auch der britische Bürger vor staatlichen Eingriffen.

Der entscheidende Punkt ist, dass alle von der Globalisierung betroffenen Rechte als Gesamtheit einer Werteordnung anzusehen sind. Auf der nationalen, verfassungsrechtlichen Ebene ist diese Feststellung beinahe trivial. Schon die französische *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* vom 26. August 1789 bestimmte in Art. 4: „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi."

Kant definiert in der Metaphysik der Sitten das Folgende als ein „Allgemeines Princip des Rechts": „Eine jede Handlung ist Recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann."[58] So enthalten etwa in Deutschland die Grundrechte nicht nur „Abwehrrechte des Einzelnen gegen die öffentliche Gewalt, sondern stellen zugleich objektivrechtliche Wertentscheidungen der Verfassung dar, die für alle Bereiche der Rechtsordnung gelten und Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung geben", und nach dem Bundesverfassungsgericht wird dies „am deutlichsten in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ausgesprochen, wonach es [Verpflichtung] aller staatlichen Gewalt ist, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen."[59] Alle Grundrechte leiten sich von der Menschenwürde ab und bilden so als Gesamtheit eine objektive Werteordnung, in der „kollidierende Grundrechtspositionen [...] in ihrer Wechselwirkung zu erfassen [sind] [...] und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so zum Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligte möglichst weitgehend wirksam werden."[60] Dieser Ausgleich, und damit die Regulierung der Gesellschaft und ihres Marktes, ist vorrangig Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers,[61] dem – wegen des Demokratieprinzips und seiner politischen Dimension – dabei innerhalb der Grenzen der Verhältnismäßigkeit ein erheblicher Spielraum zukommt.[62] Dies betont das Grundgesetz gerade in Art. 14 für das Eigentumsrecht, dessen Inhalt und Schranken durch die Gesetze bestimmt werden, das

---

[58] *Immanuel Kant,* Die Metaphysik der Sitten (Königsberg 1797) 230.
[59] BVerfG 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, Rn 115.
[60] BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1843/11, BVerfGE 134, 204, Rn. 68 f.
[61] BVerfG 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10, BVerfGE 138, 296, Rn. 98.
[62] BVerfG 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1843/11, BVerfGE 134, 204, Rn. 70 ff.

verpflichtet und dessen Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll. Kein Grundrecht kann losgelöst von den anderen verstanden werden, sondern nur im Verbund mit allen anderen Grundrechten.

So selbstverständlich wohl in jeder nationalen Verfassungsordnung die Einbindung und Abhängigkeit der einzelnen Grundrechte ist bzw. sein sollte, so wenig ist sie es auf der internationalen Ebene für Menschenrechte, trotz der Ermahnung in Art. 28 der allgemeinen Menschenrechtserklärung. Und gerade hier liegt das grundlegende Problem des derzeitigen Investitionsschutzrechts, auch im Rahmen der von Goldsmith abgelehnten neuen Generation von EU-Recht. Als Produkt der viel beklagten, doch allgemein akzeptierten Fragmentierung des Völkerrechts,[63] vielmehr jedoch als Produkt der Dekolonialisierung,[64] schaffen Investitionsschutzabkommen, auch neuesten Datums wie CETA, lediglich einseitigen Schutz der (oft legitimen) Interessen ausländischer Investoren, erkennen jedoch keinerlei Rechte der von den Investitionen betroffenen Bürger an. Auch wenn in den neuesten Abkommen das *right to regulate* des Gaststaates programmatisch verankert wird,[65] fehlt es immer noch an jeglichen rechtlichen Pflichten der Investoren oder des Gastlandes gegenüber seiner Bevölkerung, oder gar des Ursprungslandes der Investoren. Inwieweit dann z.B. die Umsetzung der menschenrechtlichen Schutzpflicht der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte durch den Gaststaat mit dessen Verpflichtungen aus den Investitionsschutzabkommen vereinbar ist, bleibt unklar. Mit Rechtssicherheit hat das wenig zu tun, und zwar nicht nur für die betroffenen Bürger und den Gaststaat, sondern auch für den Investor. „It is not a problem but an opportunity“ ist dann keine vertretbare Position mehr.

---

[63] Siehe z.B. *Mehmet Toral/Thomas Schultz,* The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration?, Some Unorthodox Considerations, in: The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, hrsg. von Michael Waibel/Asha Kaushal et al. (Aalphen aan den Rijn 2010) 577–602, 577: „[Investment arbitration] seems to be leaning towards separation of human rights and investor rights like oil and water.“

[64] Vgl. die Liste der Staaten, mit denen Deutschland ein BIT geschlossen hat und die alle – mit der Ausnahmen von Portugal – früher sog. Dritte- oder Zweite-Welt-Länder waren: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/78>.

[65] Siehe z.B. Art. 8.9 CETA.

V. Schlussfolgerungen

So stellt sich die Frage nach den Schlussfolgerungen, die sich aus alldem ableiten lassen. Das Motto „Mehr Freiheit wagen“ kann diesbezüglich in zwei Richtungen weisen.

1. Mehr Freiheit wagen mit Parteiautonomie und Marktlösungen

Man kann als eine (konsequent) wirtschaftsliberale Lösung vorschlagen, mehr Marktfreiheit zu wagen und die staatliche Intervention im Markt zu reduzieren – und das System des Investitionsschutzes durch internationale Abkommen mangels Marktversagens schlichtweg abzuschaffen. Ob Unternehmen selbst – und nicht die in dem Bereich tätigen Anwälte – *rechtliche* Absicherung gegen politisches Risiko suchen, ist an sich schon unklar.[66] Soweit Investoren eine Absicherung möchten, bietet der Markt von jeher Lösungen: In erster Linie steht es Investoren ja frei, ihre Vertragsfreiheit und Parteiautonomie zu nutzen, um – wie vielfach praktiziert – (öffentlich-rechtliche) Investitionsverträge mit ausländischen Verwaltungen zu schließen, welche die benötigte Rechtssicherheit festschreiben ebenso wie deren Durchsetzung im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit. Sofern hier ein Marktversagen wegen eines Verhandlungsungleichgewichts zu Ungunsten der Investoren bestehen sollte (was empirisch wohl nur für kleine und mittlere Unternehmen der Fall sein wird), bieten nicht nur private Versicherer, sondern auch die öffentliche Hand in den meisten kapitalexportierenden Ländern ihren Unternehmen Investitionsgarantien zur Absicherung gegen solches politisches Risiko im Ausland an. Letztere operieren mit öffentlichen Mitteln, so dass eine Subventionierung von Auslandsinvestitionen durch den Steuerzahler bereits stattfindet.[67] Sollten diese Versicherungen gegen politisches Risiko unzulänglich sein, dann sollten Reformbemühungen eher hier ansetzen, anstatt das mit wesentlich höhe-

[66] So machte bei einer Untersuchung der australischen Regierung zu dem Thema trotz Aufforderung kein Unternehmen eine Eingabe zur Notwendigkeit von ISDS; siehe *Productivity Commission,* Research Report: Bilateral and Regional Trade Agreements (November 2010), <https://www.pc.gov.au/inquiries/completed/trade-agreements/report/trade-agreements-report.pdf>, S. 271; ebenso suggeriert eine MIT-Studie der Selbstwahrnehmung von 10.000 im Ausland agierenden Unternehmen aus 81 Ländern, dass die meisten Unternehmen ihrer eigenen Einschätzung nach „significant regulatory advantages ... over domestic firms“ genießen, *Yasheng Huang,* Are Foreign Firms Privileged by their Host Governments?, Evidence from the 2000 World Business Environment Survey, MIT Sloan Working Paper 4538-05 (Mai 2005), <https://ssrn.com/abstract=721221>.

[67] In Deutschland bearbeitet PwC als Beliehene die Investitionsgarantien des Bundes, siehe <https://www.pwc.de/de/offentliche-unternehmen/investitionsgarantien-des-bundes.html>.

ren Transaktionskosten und regulatorischen Risiken behaftete Investitionsschutzrecht aufrechtzuerhalten.[68]

Wo nun weder Vertragsfreiheit noch Versicherung ausreichend oder verfügbar sind, muss politisches Risiko – wie jedes wirtschaftlich relevante Risiko – schlichtweg bei der Investitionsentscheidung eingepreist werden. Fallen dann Investitionsentscheidungen wegen überhöhten politischen Risikos negativ aus, hat dies in der Summe für auf Auslandsinvestitionen hoffende Gastländer vermutlich eine disziplinierendere Wirkung als der angebliche *spill-over*-Effekt auf die lokale Verwaltung und Gerichtsbarkeit bezüglich verurteilender Schiedssprüche, welche die *rule of law* für Investoren international aufrechterhalten. Der Vorteil des globalisierten Marktes ist es gerade, dass internationale Investoren in den Ländern mit den günstigsten Bedingungen investieren können und sollen. Der Markt entscheidet und regelt – ohne staatliche Intervention, wo sie nicht erforderlich ist, was ja auch rechtlich aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit, unter Beachtung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, folgt.

2. *Mehr Freiheit mit Menschenrechten*

Nun ist die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Wirtschaftsordnung hinsichtlich der Erforderlichkeit staatlichen Eingreifens besonders weit,[69] so dass auch eine gänzlich andere Lösung denkbar ist. Wenn man das Problem nicht wirtschaftsliberal, sondern verfassungsliberal angeht, mag man sich auf den einflussreichsten liberalen Denker, John Stuart Mill, und sein Werk *On Liberty* besinnen:

> „That [one very simple] principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.“[70]

---

[68] Siehe *Productivity Commission,* Research Report (Fn. 66) 271, 274: „There does not appear to be an underlying economic problem that necessitates the inclusion of ISDS provisions within agreements. Available evidence does not suggest that ISDS provisions have a significant impact on investment flows. […] Experience in other countries demonstrates that there are considerable policy and financial risks arising from ISDS provisions.“

[69] BVerfG 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, Rn. 224: „Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“

[70] *John Stuart Mill,* On Liberty[3] (London 1864) 21–22 (Kapitel 1 Abs. 9).

Dass Mill dabei nicht nur den Schutz aller, sondern auch die Teilhabe aller im Sinn hat, ergibt sich aus seiner Essenz des Utilitarismus:

„[An existence exempt as far as possible from pain, and as rich as possible in enjoyments], being, according to the utilitarian opinion, the end of human action, is necessarily also the standard of morality; which may accordingly be defined, the rules and precepts for human conduct by the observance of which an existence such as has been described might be, to the greatest extent possible, secured to all mankind [...]“[71]

Dies ist letztlich nicht wesentlich verschieden von dem Verständnis der Menschenwürde und der daraus sich entwickelnden Grundrechte als objektive Werteordnung des Grundgesetzes, in der die Rechte aller Betroffenen in der Gesetzgebung und der Verwaltungspraxis in Ausgleich zu bringen sind. Anders kann bzw. sollte es auf der internationalen Ebene auch nicht sein. Alle von der Globalisierung betroffenen Individuen müssen adäquat in ihren essentiellen Rechten geschützt werden und die Möglichkeiten haben, in Würde zu leben – und insbesondere diejenigen, die keine Wahl haben, inwieweit sie der Globalisierung ausgesetzt sind.

Die Schlussfolgerung wäre, mehr Freiheit zu wagen mit Menschenrechten: Die menschenrechtlichen Schutzpflichten der Gaststaaten gegenüber ihrer eigenen Bevölkerung sollten dann ebenso in Investitionsschutzabkommen definiert und festgeschrieben werden wie die aus *responsible business conduct* folgenden Pflichten der Investoren und deren Haftung im Sinne der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte.[72] Die resultierenden Rechte der Bürger auf Schutz vor investitionsbedingter Beeinträchtigung ihrer Menschenrechte müssen dann, ebenso wie die Rechte der Investoren auf Schutz vor Eingriffen des Gaststaates, vor einer effektiv funktionierenden internationalen Gerichtsbarkeit einklagbar sein – und zwar aus Gleichheitsgründen vor derselben Gerichtsbarkeit, wie sie Investoren zur Verfügung steht. Je nach Ausgestaltung würde dies entweder eine Schiedsgerichtsbarkeit für alle bedeuten oder den Zugang zu einem internationalen Gerichtshof für internationale Investitionssachen für alle.

Eine solche Lösung zur Auflösung der Inländerdiskriminierung bzw. der Verallgemeinerung des „Sonderrechts für Konzerne“ mag utopisch anmuten. Man mag Zweifel haben, ob diese Art von Streitigkeiten überhaupt aus der Gerichtsbarkeit nationaler (Verwaltungs- und Verfassungs-) Gerichte herausgenommen werden sollten. Man mag auch Zweifel haben, ob politisch genügend Mut aufgebracht werden kann, um eine solche Lösung gegen den Widerstand von Wirtschaftsinteressen durchzusetzen.[73] Was letztlich eine

---

[71] *Mill,* Utilitarism (Fn. 12) 17: „[…] and not to them only, but, so far as the nature of things admits, to the whole sentient creation.“

[72] UN-Leitprinzipien (Fn. 57).

[73] Zu den Koalitionsspannungen in Deutschland nach der Intervention des Bundesfinanzministerium mit dem Versuch, den vom Außenministerium erarbeiteten Entwurf für

solche Lösung bringen würde, wäre nicht nur juristisch ein Schritt zur Auflösung des Problems der Fragmentierung des Völkerrechts durch die Einbettung des Investorenschutzes in die Menschenrechte – und damit, in Einklang mit der Logik der praktischen Konkordanz, die Relativierung des Ersteren, sowie die Stärkung der Letzteren. Dies wäre auch ein entscheidender Schritt in die Richtung einer echten Wirtschaftsverfassung der globalisierten Welt, deren Konturen bei weitem nicht klar sind und daher Gegenstand von noch härteren Interessenkämpfen wären (und schon sind) – was sicherlich auf beiden Seiten des wirtschaftspolitischen Spektrums Befürchtungen auslöst. Zu Recht, denn auch das Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht und der entsprechende Transfer der Souveränitätsausübung müssen noch weiter überdacht werden. Sind die Chancen für einen internationalen Gerichtshof für Investitionsstreitigkeiten, wie derzeit geplant, mangels politischen Appetits auf neue supranationale Instanzen schon eher gering, so sind sie für eine solche generelle Nivellierung nach oben allenfalls homöopathisch denkbar.

Wer jedoch Rechtssicherheit auch mit Gerechtigkeit verbindet und den Investitionsschutz nicht abschaffen will, kann sich den aufgeworfenen Fragestellungen nicht entziehen. Die durch BITs erreichte isolierte Durchsetzung nur von Eigentumsrechten auf internationaler Ebene kann langfristig keine Lösung sein, denn die Legitimitätsfrage wird politisch zu explosiv, wie schon die Debatten um TTIP und CETA in Deutschland gezeigt haben. Die von Goldsmith in Bezug auf die wiedergewonnene britische Hoheit geäußerten Hoffnungen zeigen, in den von ihm gewählten drei Facetten, dass ein Zurück zum *business as usual* schlichtweg zu zynisch wäre. Eine Lösung kann nur vorwärtsgewandt gefunden werden. Statt einer Rückkehr zu den alten BIT-Modellen oder statt Kompromissen durch halbherzige Nachbesserungen bedarf es einer gänzlich neuen Generation von Investitionsab- und -übereinkommen, welche – im Einklang mit praktisch allen modernen Verfassungssystemen – die Abwägung der Interessen der Wirtschaftsakteure, der betroffenen Bürger und der allgemeinen öffentlichen Interessen an der Regulierung des Marktes verinnerlichen. Bevor klar ist, wie diese im Detail aussehen sollen, ist zurzeit noch sehr viel an wissenschaftlicher Arbeit notwendig. *Yet that is not a problem; it is an opportunity.*

---

einen nationalen Aktionsplan zu verwässern, siehe z.B. *Tobias Schwab,* Schäuble gibt Industrielobby nach, Frankfurter Rundschau vom 27.7.2016; *Horand Knaup,* Menschenrechtsverstöße deutscher Konzerne – Zu Hause hui, im Ausland pfui, Spiegel 6.10.2016.

Mehr Freiheit wagen im Transportrecht

Duygu Damar

Die harsche Kritik an der Anwendung von §§ 305 ff. BGB im Handelsverkehr und die Plädoyers für eine Gesetzes- bzw. Rechtsprechungsreform haben sich insbesondere seit der Veröffentlichung des Gutachtens von Leuschner[1] für das BMJV zugespitzt.[2] Der BGH-Rechtsprechung wird vorgeworfen, durch

---

[1] *Lars Leuschner,* AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen, Forschungsprojekt im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Abschlussbericht vom 30.9.2014, abrufbar unter <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschluss bericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile> (24.10.2017).

[2] S. z.B. *Klaus Peter Berger,* Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, 465–470; *Barbara Dauner-Lieb,* Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen – AGB-Recht ihr Garant oder Totengräber?, AnwBl 2013, 845–849; *dies./Constantin Axer,* Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010, 309–314; *Tim Drygala,* Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für ein einheitliches Kaufrecht, JZ 2012, 983–992; *Anke Frankenberger,* AGB im B2B-Geschäft – Wenn die Wirklichkeit das Recht überholt, AnwBl 2012, 318–319; *Rolf Herber,* Wie lange will sich Deutschland noch ein wirtschaftsfremdes AGB-Recht leisten?, TranspR 2016, 1–2; *Eva-Maria Kieninger,* AGB bei B2B-Verträgen – Rückbesinnung auf die Ziele des AGB-Rechts, AnwBl 2012, 301–307; *Raphael Koch,* Das AGB-Recht im unternehmerischen

den wirtschaftsfremden Blickwinkel einen Standortnachteil für das deutsche Recht im internationalen Handelsverkehr und eine Flucht ins ausländische Recht zu verursachen. Die Kritik betrifft im Wesentlichen zwei Punkte: Einerseits wird moniert, dass der BGH das Kriterium des „im Einzelnen Aushandelns" (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) im unternehmerischen Verkehr zu eng auslegt, da er eine Individualvereinbarung verneint, wenn die betroffene Klausel zwischen den Vertragsparteien nicht im Einzelnen diskutiert und darauffolgend geändert wird. Somit legt der BGH für die Anerkennung einer Individualabrede bei B2B-Verträgen den gleichen Maßstab wie in Verbrauchergeschäften zugrunde. Dies hat zur Folge, dass die im unternehmerischen Verkehr weit verbreiteten sogenannten Paketlösungen[3] nicht als Individualvereinbarungen anerkannt werden.[4]

Der zweite Kritikpunkt betrifft die Indizwirkung der in §§ 308 und 309 niedergelegten speziellen Klauselverbote. Ein Verstoß gegen eines der speziellen Klauselverbote sollte im unternehmerischen Verkehr, anders als in Verbrauchergeschäften, nicht unmittelbar die Unwirksamkeit der betroffenen Klausel zur Folge haben.[5] Vielmehr ist eine Angemessenheitsprüfung nach § 307 Abs. 1 BGB erforderlich. Bei dieser Prüfung liefern die Klauselverbote der §§ 308 f. BGB lediglich Anhaltspunkte.[6] Die Prüfung soll zusätzlichen Kriterien unterliegen, damit sie der Beachtung von im Handelsverkehr gelten-

---

Verkehr – Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung?, BB 2010, 1810–1815; *Matthias Lehmann/Johannes Ungerer,* Save the ‚Mittelstand' – How German Courts Protect Small and Medium-Sized Enterprises from Unfair Terms, ERPL 25 (2017) 313–336; *Georg Maier-Reimer,* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, 1–6; *Werner Müller,* Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – Standortnachteil für das deutsche Recht, BB 2013, 1355–1357; *Dieter Rabe,* Das Unternehmensrecht braucht eine neue Architektur, welche im Gegensatz zum Verbraucherschutz nach dem AGB-Recht steht, TranspR 2016, 191–193.

[3] *Jürgen Basedow,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2016) § 305 BGB Rn. 41, § 310 BGB Rn. 16.

[4] S. bspw. BGH 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 Rn. 10 ff.; BGH 23.1.2003 – VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 322 f. = NJW 2003, 1805, 1807 f.; BGH 20.3.2014 – VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326, 334 f. Rn. 27 = NJW 2014, 1725, 1726 Rn. 27. Zur Kritik dieser Rechtsprechung s. MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) § 305 BGB Rn. 41, § 310 BGB Rn. 16; *Peter Schlosser,* in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Berlin 2013) § 305 Rn. 36a f., 45; *Berger,* NJW 2010, 465, 467 f.; *Dauner-Lieb,* AnwBl 2013, 845, 848; *Maier-Reimer,* NJW 2017, 1, 2 f.; *Müller,* BB 2013, 1355, 1356 f.; *Dauner-Lieb/Axer,* ZIP 2010, 309, 314; s. auch *Jürgen Basedow,* Die Tragweite des zwingenden Rechts im neuen deutschen Gütertransportrecht, TranspR 1998, 58–65, 63 f.; *Lehmann/Ungerer,* ERPL 25 (2017) 313, 328 f.; *Koch,* BB 2010, 1810, 1811 ff.

[5] Abgesehen von § 308 Nr. 1a und 1b BGB, die auch im unternehmerischen Verkehr unmittelbar gelten (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB).

[6] *Jürgen Basedow/Axel Metzger,* Verzugsschaden in der Seeversicherung – Zugleich ein Beitrag zur angewandten Rechtsvergleichung in der AGB-Kontrolle, in: FS Helmut Kollhosser, Bd. I (Karlsruhe 2004) 3–24, 8.

den Gewohnheiten und Gebräuchen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB) gerecht werden kann.[7] Doch nach der BGH-Rechtsprechung kommt den §§ 308 und 309 BGB eine Indizwirkung zu. Dementsprechend gelten die speziellen Klauselverbote auch im unternehmerischen Verkehr i.d.R. unmittelbar; es sei denn, sie können aufgrund der besonderen Interessen und Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden.[8] Somit kehre der BGH das Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 310 Abs. 1 BGB um[9] und behandele dadurch B2B- und Verbrauchergeschäfte weitgehend identisch.[10] Aus diesem Grund sei die Betonung in der Rechtsprechung, dass auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist, eine „inhaltsleere Formel" geworden.[11]

Das Ziel dieses Beitrags ist, eine viel diskutierte Klausel im Gütertransportrecht[12], im Konkreten die sogenannte „Identity of Carrier"-Klausel in Konnossementen, im Lichte der deutschen AGB-Kontrolle und der oben kurz zusammengefassten scharfen Kritik in Angriff zu nehmen. *Jürgen Basedow,* dem diese Ziele gewidmet sind, ist der einzige Wissenschaftler, dessen Hauptarbeitsgebiete sowohl das Transport-[13] als auch das AGB-Recht[14] umfassen.

---

[7] M.w.N. MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) § 310 BGB Rn. 7 ff.; *Thomas Pfeiffer,* in: Wolf/ Lindacher/ Pfeiffer, AGB-Recht[6] (München 2013) § 310 Abs. 1 Rn. 22 f.

[8] BGH 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1, 4 f. Rn. 12 = NJW 2007, 3774, 3775 Rn. 12; BGH 8.3.1984 – VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 278 = NJW 1984, 1750, 1751.

[9] *Müller,* BB 2013, 1355 f.

[10] Staudinger/*Schlosser* (Fn. 4) § 310 BGB Rn. 12; *Dauner-Lieb,* AnwBl 2013, 845; *dies./Axer,* ZIP 2010, 309 f.; *Maier-Reimer,* NJW 2017, 1, 3 f.; *Müller,* BB 2013, 1355, 1356.

[11] *Koch,* BB 2010, 1810, 1814.

[12] Bei den Verträgen zur Beförderung von Personen handelt es sich größtenteils um Verbraucherverträge. Unabhängig von der Verbrauchereigenschaft von Passagieren wird dennoch in den internationalen Übereinkommen und nationalen Rechtssystemen die Haftung des Beförderers zwingend geregelt, s. bspw. Art. 26, 49 Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Montrealer Übereinkommen, MÜ), BGBl. 2004 II 458; Art. 5 Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen (CIV, Anhang A zum Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF) vom 9.5.1980 i.d.F. des Änderungsprotokolls vom 3.6.1999), BGBl. 2002 II 2140; Art. 18 Athener Übereinkommen vom 1.11.2002 über die Beförderung von Reisenden und ihrem Gepäck auf See (Athener Übereinkommen, AÜ), IMO Dok. LEG/CONF.13/20 vom 19.11.2002; § 551 HGB für die Personenbeförderung auf See.

[13] S. bspw. *Jürgen Basedow,* Der Transportvertrag (Tübingen 1987); *ders.,* Mehr Freiheit wagen (Tübingen 2002) (s. die Abschnitte II und III zum Binnen- sowie Luft- und Seeverkehr); *ders.,* Perspektiven des Seerechts, JZ 1999, 9–15; *ders.,* TranspR 1998, 58–65; *ders.,* Hundert Jahre Transportrecht – Vom Scheitern der Kodifikationsidee und ihrer Renaissance, ZHR 161 (1997) 186–212; *ders.,* Common Carriers – Continuity and Disintegration in U.S. Transportation Law, ETL 18 (1983) 251–386; *ders.,* Seerecht als inter-

I. AGB-Kontrolle und Transportgeschäft

Bekanntlich dient das AGB-Recht nicht in erster Linie dem Schutz des Schwächeren oder Unerfahrenen gegen den Starken oder Mächtigen, sondern zur Korrektur des partiellen Marktversagens, das durch das Informations- und Motivationsgefälle zulasten des Kunden entsteht.[15] Aufgrund dieses Marktversagens wird die Selbstbestimmung durch den Vertrag beeinträchtigt und bedarf der Kontrolle.[16] Der Schutz des Schwächeren findet dagegen größtenteils durch zwingendes Recht statt. Eine entsprechende Entwicklung lässt sich im internationalen Seetransportrecht etwa Anfang des 20. Jahrhunderts ausmachen. Dort hatten die ersten Bestrebungen zur Rechtsvereinheitlichung sowie die ersten nationalen Kodifikationen vor allem das Ziel, den von Verfrachtern verwendeten AGB entgegenzuwirken; denn diese enthielten weitreichende Haftungsausschlüsse und -freizeichnungen.[17] Als Folge dessen stellen die internationalen Abkommen zum Transportrecht seither zum größten Teil Regelwerke zwingenden Charakters dar.[18]

---

nationales Wirtschaftsrecht, ZHR 147 (1983) 340–354; *ders.,* Die Incoterms und der Container oder wie man kodifizierte Usancen reformiert, RabelsZ 43 (1979) 116–146.

[14] S. bspw. MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) §§ 305 – 306a, 310 BGB; *ders.,* Internationale Transporte und AGB-Gesetz, in: Transportrecht und Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen, hrsg. von Deutsche Gesellschaft für Transportrecht (Frankfurt a.M. 1988) 239–274; *ders.,* Handelsbräuche und AGB-Gesetz, ZHR 150 (1986) 469–491; *ders.,* Der Europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13 – Der verweigerte Dialog, in: FS Günter Hirsch (München 2008) 51–62; *ders.,* Eine Deponie wird geschlossen – Ein Rückblick auf die Karriere des AGB-Gesetzes, ZEuP 9 (2001) 433–434.

[15] M.w.N. *Hein Kötz,* Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209–214; MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) Vor § 305 BGB Rn. 4 f.; *Wolfgang Wurmnest,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2016) § 307 Rn. 41 f.; *Ulrich Wackerbarth,* Unternehmer, Verbraucher und die Rechtsfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000) 45–90; *Kieninger,* AnwBl 2012, 301 f.; *Dauner-Lieb,* AnwBl 2013, 845, 847 f.; *Dauner-Lieb/Axer,* ZIP 2010, 309, 313; *Patrick C. Leyens/Hans-Bernd Schäfer,* Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010) 771–803, 780 ff.; *Lehmann/Ungerer,* ERPL 25 (2017) 313, 324 ff.

[16] MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) § 310 BGB Rn. 18; *Michael Coester,* in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Berlin 2013) § 307 Rn. 3 ff.; *Hein Kötz,* Allgemeine Geschäftsbedingungen im Verkehr unter Kaufleuten, in: Transportrecht und Gesetz (Fn. 14) 8–28, 9 ff.

[17] M.w.N. *Basedow,* Transportvertrag (Fn. 13) 250 ff.; *ders.,* Internationale Transporte (Fn. 14) 241 f.

[18] S. z.B. Art. 41 Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) vom 19.5.1956, BGBl. 1961 II 1119; Art. 5 Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Gütern (CIM, Anhang B zum COTIF i.d.F. des Änderungsprotokolls von 1999, BGBl. 2002 II 2140); Art. 3(8) Internationales Übereinkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über

Doch nicht alle Bereiche des Transportgeschäfts werden von den internationalen Abkommen erfasst. Es fehlt bspw. weiterhin an einem geltenden internationalen Instrument, das den gegenwärtig am häufigsten vorkommenden Multimodaltransport oder seine Besorgung regelt. Auch die bestehenden Übereinkommen regeln längst nicht alle Gesichtspunkte einer Beförderung.[19] Die internationalen Abkommen zur Güterbeförderung auf See[20] regeln beispielsweise, welche Mindestangaben ein Konnossement enthalten muss,[21] das als Wertpapier zur Übernahme des Transportguts berechtigt. Des Weiteren ist geregelt, welche Beweiskraft ein Konnossement hat.[22] Festgelegt ist ferner, dass der Befrachter oder Ablader ein Recht auf Ausstellung eines Konnossements hat.[23] Als Mindestangaben enthält ein solches Konnossement Angaben und Vermerke bezüglich der beförderten Güter – und gelegentlich einen Vermerk zur Vorauszahlung der Fracht[24] – auf der Vorderseite. Zusätzlich finden sich „Konnossementsbedingungen" auf der Rückseite, also die AGB zur Seebeförderung. Da die internationalen Abkommen keine Regelungen zu den Konnossementsbedingungen enthalten, unterliegen diese dem anwendbaren nationalen Recht.

Insofern unterliegen die Konnossementsbedingungen den §§ 305 ff. BGB, wenn im Falle eines Güterschadens deutsches Recht zur Anwendung gelangt. Die Inhaltskontrolle der AGB im unternehmerischen Verkehr, also auch im Gütertransport,[25] findet nach der Maßgabe des § 310 Abs. 1 BGB statt.

---

die Konnossemente vom 25.8.1924 (RGBl. 1939 II 1049) i.d.F. des Änderungsprotokolls vom 23.2.1968 (1412 UNTS 127) (Haag-Visby-Regeln, HVR).

[19] Z.B. Art. 2, 37, 48 MÜ; Art. 5, Art. 7 i.V.m. Art. 1 lit. e HVR.

[20] Zusätzlich zu den HVR liegen noch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beförderung von Gütern auf See vom 31.3.1978 (Hamburger Regeln) und das Übereinkommen über Verträge über internationale Beförderung von Gütern ganz oder teilweise auf See vom 11.12.2008 (Rotterdamer Regeln) vor. Die Hamburger Regeln sind am 1.11.1992 in Kraft getreten (s. *Jürgen Basedow,* Seefrachtrecht – Die Hamburger Regeln sind in Kraft, ZEuP 1 (1993) 100–119) und bisher haben 35 Staaten sie ratifiziert, s. CMI Yearbook 2016, S. 485. Die Rotterdamer Regeln wurden bislang lediglich durch 3 Staaten ratifiziert, s. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-8&chapter=11&lang=en> (24.10.2017).

[21] Art. 3(3) HVR; Art. 15(1) Hamburger Regeln; Art. 35 Rotterdamer Regeln.

[22] Art. 3(4) HVR; Art. 16 Hamburger Regeln; Art. 41 Rotterdamer Regeln.

[23] Art. 3(3) und (7) HVR; Art. 14(1) Hamburger Regeln; Art. 35 Rotterdamer Regeln.

[24] „Freight prepaid"-Vermerk. Dazu befinden sich Sonderregelungen in Art. 16(4) Hamburger Regeln und in Art. 42 Rotterdamer Regeln.

[25] Mit der Ausnahme von Beförderungsverträgen zum Umzugsgut mit Verbrauchern, s. §§ 451 ff. HGB; dazu s. *Basedow,* TranspR 1998, 58, 60.

II. „Identity of Carrier"-Klausel

Bekanntlich kommt es im Seehandel sehr selten vor, dass der Schiffseigentümer/Reeder als Vertragspartei eines Stückgutfrachtvertrages (§ 481 HGB) mit Befrachtern im unmittelbaren Vertragsverhältnis steht. Es liegen im Seehandel mehrere Vertragsarten vor, die dem Betrieb eines Schiffes dienen; beispielsweise die Bareboat-Charter (Schiffsmietvertrag, § 553 HGB), das Schiffs-Leasing, der Management- bzw. Bereederungsvertrag oder die Slot-Charter.[26] Einer von diesen Verträgen ist der Zeitchartervertrag, wodurch (i.d.R.) der Schiffseigentümer (Zeitvercharterer) das Schiff mit Besatzung auf eine bestimmte Zeit seinem Vertragspartner (Zeitcharterer) zu dessen wirtschaftlichen Verwendung überlässt (§ 557 Abs. 1 HGB). Der Zeitcharterer ist befugt, soweit die Parteien nicht etwas Abweichendes vereinbaren, das Schiff an einen Dritten zu verchartern (§ 561 Abs. 3 HGB). Dennoch kann der Zeitcharterer selber als Verfrachter tätig sein und mit Dritten Stückgutfrachtverträge abschließen. Für die Erfüllung dieser Stückgutfrachtverträge wird das gecharterte Schiff eingesetzt, das den technischen und nautischen Weisungen, d.h. der Direktion des Schiffseigentümers unterliegt.

Der Zeitcharterer hat, in seiner Tätigkeit als Verfrachter, dem Ablader oder Befrachter auf dessen Verlangen ein Konnossement auszustellen (§ 513 Abs. 1 HGB). In einem solchen Fall, d.h. wenn das Schiff unter Charter steht, wird der Zeitcharterer/Verfrachter im Regelfall das Konnossement mit einer „Identity of Carrier" (IoC)-Klausel ausstellen. Eine solche IoC-Klausel lautet folgendermaßen:[27]

„[Satz 1] The contract evidenced by this bill of lading is between the merchant and the owner of the vessel […] and it is therefore agreed that the said ship owner only shall be liable for any damage or loss due to any breach or non-performance of any obligation arising out of the contract of carriage, whether or not relating to the vessel's seaworthiness. [Satz 2] If, despite the foregoing, it is adjudged that any other is the carrier and/or bailee of the goods shipped hereunder, all limitations of, and exonerations from liability provided for by law or by this bill of lading shall be available to such other. [Satz 3] It is further understood and agreed that as the line, company, or agent who has executed this bill of lading for and on behalf of the master is not a principal in the transaction, said line, company or agent shall not be under any liability arising out of the contract of carriage nor as carrier nor bailee of the goods."

---

[26] M.w.N. *Rolf Herber,* Seehandelsrecht – Systematische Darstellung[2] (Berlin 2016) 376 f.; *Basedow,* Transportvertrag (Fn. 13) 111 ff.

[27] S. *William Tetley,* Marine Cargo Claims[4], Bd. I (Québec 2008) 602; *ders.,* Whom to Sue – Identity of the Carrier, in: Liber amicorum Lionel Tricot (Antwerpen 1988) 501–529, 525; *Rolf Herber,* Die IoC-Klausel – Ein Ärgernis der Kautelarpraxis, TranspR 1990, 147; *Karsten Schmidt,* Identity of the Carrier, TranspR 1989, 41; *Kurt Wodrich/Axel Suhr,* Identity of Carrier-Klausel – eine kritische Studie, VersR 1976, 20.

Der erste Satz der Klausel besagt somit, dass der Frachtvertrag zwischen dem Kunden, also dem Befrachter, und dem Schiffseigentümer zustande kommt; und dass lediglich der Schiffseigentümer aus dem Frachtvertrag haftet. Der zweite Satz sieht vor, dass die Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse, die gesetzlich oder durch das Konnossement vorgeschrieben sind, auch dem Verfrachter zugutekommen. Zu guter Letzt legt der dritte Satz fest, dass das Konnossement im Namen des Kapitäns ausgestellt wurde und die ausstellende Partei keine Vertragspartei zum Frachtvertrag ist und aus diesem Vertrag weder als Verfrachter noch als „Verwahrer“ haftet.[28]

1. Hintergrund

Die Entwicklung der IoC-Klausel ist darauf zurückzuführen, dass nach dem ersten internationalen Übereinkommen vom 25.8.1924 über die Haftungsbeschränkung der Schiffseigentümer lediglich die Reeder berechtigt waren, ihre Haftung allgemein zu beschränken.[29] Zusätzlich dazu sind die Verfrachter gemäß Art. 4(5) Haag-Visby-Regeln (HVR)[30] berechtigt, ihre Haftung für Güterschäden zu beschränken. Daraus folgt, dass ein Schiffseigentümer, der als Verfrachter tätig ist, seine Haftung zunächst nach den HVR, und als Nächstes nach dem Übereinkommen aus 1924, also doppelt beschränken durfte. Dennoch stand diese Möglichkeit der doppelten Haftungsbeschränkung den Verfrachtern nicht zu, die nicht zugleich Schiffseigentümer waren. Durch die IoC-Klausel waren die Verfrachter dahingehend begünstigt, dass der Schiffseigentümer in einem Regressanspruch gegen den Verfrachter lediglich den Schaden beanspruchen konnte, den er dem Befrachter ersetzen musste, also den Betrag, den er doppelt beschränken durfte.[31]

Durch Art. 6(2) des internationalen Abkommens aus 1957 wurde jedoch der Kreis der zur Haftungsbeschränkung berechtigten Personen erweitert und auch die Charterer/Verfrachter haben die Möglichkeit zur allgemeinen Haftungsbeschränkung erlangt.[32] Im neuesten Abkommen aus 1976 wurde diese Rechtslage beibehalten.[33] Somit können die Charterer, darunter auch die Zeit-

---

[28] Die IoC-Klausel unterscheidet sich grundsätzlich von der sog. „Demise-Klausel“, s. *Tetley,* Whom to Sue (Fn. 27) 516 ff.

[29] 120 LNTS 123.

[30] S. oben Fn. 18.

[31] *Jürgen Basedow,* Rezension von: Karsten Schmidt, Verfrachterkonnossement, Reederkonnossement und Identity-of-Carrier-Klausel (Heidelberg und Hamburg 1980), in RabelsZ 48 (1984) 607–614, 610; *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 633 f.; *Herber,* Seehandelsrecht (Fn. 26) 318; *Dieter Rabe,* Seehandelsrecht[4] (München 2000) § 642 Rn. 7 f.; *Wodrich/Suhr,* VersR 1976, 20, 21.

[32] Internationales Übereinkommen vom 10.10.1957 über die Beschränkung der Haftung der Eigentümer von Seeschiffen, BGBl. 1972 II 672; 1412 UNTS 80.

[33] Übereinkommen vom 19.10.1976 über die Beschränkung der Haftung für Seeforderungen, BGBl. 1986 II 786; 1456 UNTS 221.

charterer, ihre Haftung auch doppelt beschränken: zunächst nach den HVR und anschließend nach dem entsprechenden internationalen Übereinkommen zur allgemeinen Haftungsbeschränkung.

2. *Gegenwart*

Durch das Erlangen der Möglichkeit von Charterern/Verfrachtern, ihre Haftung doppelt zu beschränken, sollte die IoC-Klausel an sich überflüssig geworden sein.[34] Dennoch tritt die IoC-Klausel auch heute in Konnossementen von Zeitcharterern standardmäßig auf. Dies ist auf den Wandel der wirtschaftlichen Funktion der Klausel zurückzuführen. Heute liegt der Hauptzweck der Klausel darin, dass der Verfrachter versucht, sich durch sie der Haftung für Güterschäden gegenüber den Befrachtern zu entziehen und diese Haftung auf den Schiffseigentümer abzuwälzen. Insofern handelt es sich bei der IoC-Klausel nicht um eine Vertragspartnerbestimmung, sondern um eine Haftungsabwälzung.[35]

Vor allem sollten sich die „Protection&Indemnity" (P&I) Clubs (Haftpflichtversicherer der Schiffseigentümer) gegen die IoC-Klausel zur Wehr setzen. Doch bekanntlich wird die Aufnahme der IoC-Klausel in die Konnossemente durch sie stark befürwortet.[36] Denn durch die IoC-Klausel wird die Schadensabwicklung dem Schiffseigentümer und somit letztlich seinem Haftpflichtversicherer zugewiesen. Verfahrensökonomisch betrachtet ist dies zweifellos von Vorteil,[37] was auch aus Sicht der Haftpflichtversicherer wünschenswert erscheint. Sie haben die Möglichkeit, in einem Verfahren, das gegen den Schiffseigentümer – also gegen ihren Versicherungsnehmer – geführt wird, ihre eigenen Interessen zu vertreten. Dies ist in einem Verfahren gegen den Verfrachter regelmäßig nicht der Fall. Dennoch wären die Haftpflichtversicherer meist Regressansprüchen aus einem solchen Verfahren ausgesetzt.

---

[34] Vgl. BGH 4.2.1991 – II ZR 52/90, NJW 1991, 1420, 1421 = TranspR 1991, 243, 244; BGH 28.6.1971 – II ZR 66/69, BGHZ 56, 300, 304 ff. = NJW 1971, 2223, 2224 f.; OLG Hamburg 22.5.1969 – 6 U 59/68, VersR 1970, 79; OLG Bremen 29.3.1973 – 2 U 110/72, VersR 1975, 732, 733; LG Hamburg 18.4.1978 – 22 O 121/77, BeckRS 1978, 01105 Rn. 31 ff.

[35] *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 640; *Rabe,* Seehandelsrecht (Fn. 31) § 642 Rn. 9; *Basedow,* RabelsZ 48 (1984) 607, 611; *Wodrich/Suhr,* VersR 1976, 20, 25; *Tetley,* Whom to Sue (Fn. 27) 525.

[36] *Basedow,* RabelsZ 48 (1984) 607, 610; *Nagendra Singh/Raoul Colinvaux,* Shipowners (London 1967) 311, 319.

[37] *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 631.

3. Lösungsansatz?

Die IoC-Klausel wurde in der deutschen und internationalen Literatur[38] und Rechtsprechung[39] größtenteils als Stellvertretungsproblem angesehen. Es wurde nicht thematisiert, ob der Reeder *aufgrund der IoC-Klausel* nebst Verfrachter aus dem Frachtvertrag gesamtschuldnerisch haften könnte.[40] Denn der Verfrachter kann sich aus seiner eigenen Haftung für Güterschäden nach den internationalen[41] und nationalen[42] Regelungen nicht befreien, auch nicht durch eine IoC-Klausel.[43] Verstanden als eine Haftungsausschlussklausel verstößt die IoC-Klausel gegen die internationalen und nationalen Regelungen. Dennoch könnte man die IoC-Klausel dahingehend auslegen, dass durch sie die gesamtschuldnerische Haftung von Reeder und Verfrachter begründet wird. Der Befrachter könnte den Verfrachter aus dem Frachtvertrag und den Reeder aufgrund der IoC-Klausel wiederum aus dem Frachtvertrag in Anspruch nehmen. Dieser Lösungsansatz würde auch dem Bedarf im Seehandelsrecht nach der gesamtschuldnerischen Haftung vom „vertraglichen" und „ausführenden" Verfrachter entsprechen. Obwohl die jüngeren internationalen Abkommen die gesamtschuldnerische Haftung regeln,[44] fehlt eine entsprechende Regelung in den HVR, die für die Mehrzahl der Seenationen gelten.[45] Das Anliegen wird in den neuesten nationalen Gesetzen geregelt, wie z.B. in

---

[38] *Karsten Schmidt,* Verfrachterkonnossement, Reederkonnossement und Identity-of-Carrier-Klausel (Heidelberg 1980) 107 f.; *Rabe,* Seehandelsrecht (Fn. 31) § 642 Rn. 13; *Herber,* TranspR 1990, 147, 148 f.; *K. Schmidt,* TranspR 1989, 41, 43 f.; *Dieter Rabe,* Die IOC-Klausel – Lösung oder Diskussion ohne Ende?, TranspR 1989, 81, 84 f.; *Wodrich/Suhr,* VersR 1976, 20, 22 ff.; *Tetley,* Whom to Sue (Fn. 27) 504 f.; *Julian Cooke et al.,* Voyage Charters[4] (Abingdon 2014) Rn. 18.66 ff., 18.178; *Richard Aikens/Richard Lord/Michael Bools,* Bills of Lading[2] (Abingdon 2016) Rn. 7.60 ff.; *Guenter Treitel/F.M.B. Reynolds,* in: Carver on Bills of Lading[3] (London 2011) Rn. 4-032 ff.; *David Foxton,* in: Scrutton on Charterparties and Bills of Lading[23] (London 2015) Rn. 6-032 ff.; *Thomas J. Schoenbaum,* Admiralty and Maritime Law[5], Bd. II (St. Paul 2011) 20 ff. S. auch *Basedow,* RabelsZ 48 (1984) 607, 611 ff. Kritisch *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 635 f.

[39] HansOLG Hamburg 15.4.1966 – 5 T 58/66, MDR 1966, 680; OLG Hamburg 22.5.1969 – 6 U 59/68, VersR 1970, 79; OLG Hamburg 29.4.1970 – 6 U 93/70, VersR 1972, 585; OLG Bremen 29.3.1973 – 2 U 110/72, VersR 1975, 732, 733; OLG Hamburg 15.12.1988 – 6 U 11/88, VersR 1989, 311; LG Hamburg 18.4.1978 – 22 O 121/77, BeckRS 1978, 01105 Rn. 38 ff. Zur ausländischen Rechtsprechung s. *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 604 ff.

[40] Vgl. *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 636 ff.; *Wodrich/Suhr,* VersR 1976, 20, 25.

[41] Art. 3(8) HVR; Art. 23(1) Hamburger Regeln; Art. 79(1) Rotterdamer Regeln.

[42] § 512 HGB lässt abweichende Individualabreden zu, s. dazu *Beate Czerwenka,* Das Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts (Köln 2014) 164 ff.

[43] OLG Bremen 29.3.1973 – 2 U 110/72, VersR 1975, 732, 733; *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 641; *Tetley,* Whom to Sue (Fn. 27) 502.

[44] Art. 10 Hamburger Regeln; Art. 19 und 20 Rotterdamer Regeln.

[45] S. CMI Yearbook 2016, 375 ff.

§ 509 HGB, das durch das Seehandelsrechtsreformgesetz aus 2013[46] reformiert wurde. Doch bis zum Inkrafttreten des Seehandelsrechtsreformgesetzes am 25.4.2013 fehlte es auch im deutschen Recht an einer Regelung. Verstanden als Anordnung einer gesamtschuldnerischen Haftung würde die IoC-Klausel auch die die Ladungsbeteiligten betreffenden Nachteile[47] bei der Rechtsverfolgung verhindern.[48]

Obwohl es an einer Regelung zur gesamtschuldnerischen Haftung fehlte, hatten die Ladungsbeteiligten – und haben immer noch – die Möglichkeit, gemäß § 644 HGB a.F. (§ 518 HGB)[49] den Reeder aus dem Konnossement in Anspruch zu nehmen, wenn der Name des Verfrachters in einem Konnossement nicht angegeben wird. Voraussetzung dafür ist, dass das Konnossement vom Kapitän oder von einem anderen zur Zeichnung von Konnossementen für den Reeder Befugten ausgestellt wurde. In der Praxis werden die Konnossemente regelmäßig von „Schiffsagenten" der Reederei im Namen des Kapitäns unterzeichnet.[50] Doch wenn der Zeitcharterer als Verfrachter tätig wird, werden die Konnossemente i.d.R. durch seinen Agenten gezeichnet. Auf die Ansicht,[51] den Reeder auch in diesem Fall gemäß § 644 HGB a.F. in Anspruch nehmen zu können, wurde in der Rechtsprechung nicht näher eingegangen.[52] Sogar wenn eine kumulative Reederhaftung nach § 644 HGB a.F. angenommen würde, würde es sich um einen Anspruch aus dem Konnossement und nicht aus dem Frachtvertrag handeln.

---

[46] Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts vom 20.4.2013, BGBl. 2013 I 831. Zu § 509 HGB s. *Czerwenka,* Seehandelsrecht (Fn. 42) 153 ff.; *Herber,* Seehandelsrecht (Fn. 26) 293 ff.

[47] *Tetley,* Marine Cargo Claims (Fn. 27) 631 f.; *K. Schmidt,* Verfrachterkonnossement (Fn. 38) 93 f.; *Herber,* Seehandelsrecht (Fn. 26) 318 f.; *Wodrich/Suhr,* VersR 1976, 20, 22.

[48] *Basedow,* RabelsZ 48 (1984) 607, 614. *Herber,* TranspR 1990, 147.

[49] M.w.N. *Czerwenka,* Seehandelsrecht (Fn. 42) 181 f.

[50] *Tetley,* Whom to Sue (Fn. 27) 502, 504.

[51] *K. Schmidt,* Verfrachterkonnossement (Fn. 38) 29–37, 108 f.; *ders.,* TranspR 1989, 41, 44 ff. Dazu s. auch *Basedow,* RabelsZ 48 (1984) 607, 609; *Herber,* TranspR 1990, 147, 149 f. Kritisch *Rabe,* TranspR 1989, 81, 87 f.

[52] BGH 22.1.1990 – II ZR 15/89, NJW-RR 1990, 613, 614 = TranspR 1990, 163, 165; BGH 4.2.1991 – II ZR 52/90, NJW 1991, 1420, 1421 = TranspR 1991, 243, 245.

III. IoC und AGB-Kontrolle

1. Einbeziehungskontrolle

In der deutschen Rechtsprechung wurde ein Konnossement mit einer IoC-Klausel nach dem Inkrafttreten des AGBG[53] am 1. April 1977 vielmehr aus der Perspektive der Einbeziehungskontrolle betrachtet. In mehreren Fällen haben der BGH und die Berufungsgerichte entschieden, dass die IoC-Klausel zurücktritt, wenn dem Konnossement der Name des Verfrachters zu entnehmen ist (§ 4 AGBG a.F.; § 305b BGB).[54] Folglich kam es lediglich zu einer Haftung des vertraglichen Verfrachters, d.h. des Zeitcharterers, aus dem Frachtvertrag, sofern sein Name oder Logo auf dem Konnossement stand. Die Rechtsprechung begründete dies damit, dass das Erscheinen des Verfrachternamens oder -logos auf der Vorderseite des Konnossements eine Individualabrede darstelle, die Vorrang vor den AGB habe. In diesem Fall sei eine IoC–Klausel daher unbeachtlich. Ferner wurde die IoC-Klausel in einem Urteil für eine überraschende Klausel i.S.v. § 3 AGBG a.F. (§ 305c BGB) gehalten.[55]

Diese Rechtsprechung führte dazu, dass aufgrund der Unbeachtlichkeit der IoC-Klausel entweder lediglich der Verfrachter aus dem Frachtvertrag oder lediglich der Reeder aus dem Konnossement gemäß § 644 HGB a.F. (§ 518 HGB) haftete. Dem Bedarf an einer gesamtschuldnerischen Haftung von vertraglichem Verfrachter (Zeitcharterer) und ausführendem Verfrachter (Reeder) ist bis zum Jahr 2013 weder die Rechtsprechung noch die Gesetzgebung entgegengekommen.

2. Geltungserhaltende Reduktion

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob nicht bereits die IoC-Klausel zur gesamtschuldnerischen Haftung von Verfrachter und Reeder hätte führen

[53] Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 29.6.2000, BGBl. 2000 I 946. Vor dem Inkrafttreten des AGBG wurde die IoC-Klausel zunächst i.d.R. für wirksam gehalten, HansOLG Hamburg 15.4.1966 – 5 T 58/66, MDR 1966, 680; AG Hamburg 2.10.1974 – 34 C 747/74, VersR 1975, 80.

[54] BGH 22.1.1990 – II ZR 15/89, NJW-RR 1990, 613 f. = TranspR 1990, 163, 165; BGH 20.11.1990 – VI ZR 6/90, NJW 1991, 634, 637; BGH 4.2.1991 – II ZR 52/90, NJW 1991, 1420, 1421 = TranspR 1991, 243, 244; BGH 15.2.2007 – I ZR 40/04, BGHZ 171, 141, 146 f. Rn. 22 = NJW 2007, 2036, 2037 Rn. 22; OLG Hamburg 11.6.1981 – 6 U 12/81, VersR 1982, 65 f.; OLG Düsseldorf 29.4.1993 – 18 U 269/92, TranspR 1994, 396, 397.

[55] OLG Hamburg 11.6.1981 – 6 U 12/81, VersR 1982, 65, 66. Kritisch *Basedow,* RabelsZ 48 (1984) 607, 611; *ders.,* Transportvertrag (Fn. 13) 238; *Johannes Trappe,* Allgemeine Geschäftsbedingungen im Seetransportrecht, in: Transportrecht und Gesetz (Fn. 14) 98–134, 126 f.

können.[56] Wie oben erwähnt, haftet der Verfrachter ohnehin stets aus dem Frachtvertrag – eine Freizeichnung ist unwirksam. Zusätzlich dazu könnte der Reeder aufgrund der IoC-Klausel aus dem Frachtvertrag haften, wenn man das Wort „only" im ersten Satz der Klausel entfernt. Nach dieser Reduktion würde der erste Satz der Klausel lauten:

„The contract evidenced by this bill of lading is between the merchant and the owner of the vessel […] and it is therefore agreed that the said ship owner shall be liable for any damage or loss due to any breach or non-performance of any obligation arising out of the contract of carriage, whether or not relating to the vessel's seaworthiness."

Diese Auslegung könnte dennoch Bedenken wegen des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion hervorrufen.[57] Das Verbot gilt ohne Ausnahme für Verbrauchergeschäfte.[58] Nach der Rechtsprechung des BGH gilt es dennoch auch im unternehmerischen Verkehr.[59] Nach dieser Rechtsprechung dient das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion zur Aufrechterhaltung des Zieles,

„den Vertragspartner vor der Verwendung ungültiger Klauseln zu schützen und auf einen den Interessen beider Seiten gerecht werdenden Inhalt derartiger Formularbedingungen hinzuwirken. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn es dem Verwender möglich bliebe, seine [AGB] einseitig in seinen Interessen auszugestalten, um es der Initiative seines Vertragspartners und der Gerichte zu überlassen, derartige Klauseln auf das gerade noch zulässige Maß zurückzuführen."[60]

Eine Ausnahme zur Geltung des Verbots lässt der BGH jedoch zu:

„Lediglich in Fällen, in denen die Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel eine Lücke in der gesetzlichen Regelung offenbart, die die berechtigten Interessen beider Seiten unangemessen geregelt sein läßt, erscheint es nach dem dargelegten Sinn des Gesetzes zulässig, eine angemessene Interessenlösung auf dem Weg der ergänzenden Vertragsauslegung anzustreben."[61]

Wie oben erwähnt, lag bis zum Jahr 2013 eine solche Gesetzeslücke vor: die gesamtschuldnerische Haftung von vertraglichem und ausführendem Verfrachter war im deutschen Recht nicht geregelt. Da die Rechtsprechung die IoC-Klausel aufgrund der Individualabrede nicht gelten ließ, wurde die Fragestellung einer geltungserhaltenden Reduktion – und ob eine solche Auslegung die berechtigten Interessen beider Seiten angemessen erfüllen könnte – nicht

---

[56] Vgl. *Tetley,* Whom to Sue (Fn. 27) 510 f.

[57] Vgl. Staudinger/*Schlosser* (Fn. 4) § 306 BGB Rn. 24 ff.; Staudinger/*Coester* (Fn. 16) § 307 BGB Rn. 28, 55.

[58] EuGH 14.6.2012 – Rs. C-618/10 (*Banco Español de Crédito SA ./. Joaquín Calderón Camino*), ECLI:EU:C:2012:349 Rn. 65 ff. = NJW 2012, 2257, 2260 Rn. 65 ff.; BGH 20.1.1983 – VII ZR 105/81, BGHZ 86, 284, 297.

[59] BGH 28.1.1993 – I ZR 294/90, NJW 1993, 1786.

[60] BGH 28.1.1993 – I ZR 294/90, NJW 1993, 1786, 1787.

[61] BGH 28.1.1993 – I ZR 294/90, NJW 1993, 1786, 1787.

diskutiert. Doch im Folgenden wird näher darauf eingegangen, ob die IoC-Klausel – verstanden als Anordnung einer gesamtschuldnerischen Haftung – anhand der in der Literatur empfohlenen Kriterien einer Angemessenheitsprüfung gemäß § 307 Abs. 1 und 2 BGB standhalten würde.

3. Leitlinien für die Angemessenheitsprüfung

a) Unterlegenheit des Kunden

Zunächst ist die Unterlegenheit des Kunden zu berücksichtigen. Ist der Kunde wirtschaftlich vom Klauselverwender abhängig, ähnelt sein Zustand jenem eines typisierten Verbrauchers. Liegt dennoch ein Verhältnis gleicher bzw. ähnlicher Macht oder wirtschaftlicher Unabhängigkeit voneinander vor, sollen flexiblere Maßstäbe gelten.[62] In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass sich die Machtverhältnisse im Transportgeschäft im letzten Jahrhundert – nicht zuletzt aufgrund der technischen Entwicklungen – deutlich geändert haben. Die regelmäßig größere Marktmacht von Verfrachtern im Vergleich zu ihren Kunden gehört der Vergangenheit an; pauschal kann man nicht mehr davon ausgehen. Heutzutage sind es vielmehr die Verfrachter, die wirtschaftlich ihren Kunden, insbesondere den großen Herstellern, unterlegen sind.

b) Kernbereich der geschäftlichen Tätigkeit

Ferner ist bei der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr zwischen den Geschäften, die zu dem Kernbereich der geschäftlichen Tätigkeit eines Unternehmens gehören, und den Nebengeschäften zu unterscheiden. Ein erhöhter Schutzbedarf des Kunden gegenüber den AGB des Verwenders liegt vor, wenn das betroffene Geschäft für den Kunden ein Nebengeschäft darstellt; mit anderen Worten: wenn es nicht zum Kernbereich seiner geschäftlichen Tätigkeit gehört und daher für ihn Ausnahmecharakter hat. Bei diesen, dem Kunden sachfremden Geschäften ist ein Unternehmer nicht weniger schutzbedürftig als ein Verbraucher.[63] Wenn die IoC-Klausel für eine gesamtschuldnerische Haftung instrumentalisiert wird, wird sie zweifellos jedem Kunden/Befrachter zugutekommen; und zwar ohne Unterschied, ob der Frachtvertrag zum Kernbereich seiner geschäftlichen Tätigkeit gehört.

---

[62] MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) § 310 BGB Rn. 8; Wolf/Lindacher/*Pfeiffer* (Fn. 7) § 307 BGB Rn. 186; *Basedow/Metzger,* Verzugsschaden (Fn. 6) 10; *Herber,* TranspR 2016, 1. Siehe auch *Berger,* NJW 2010, 465, 470.

[63] MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) § 310 BGB Rn. 8; Wolf/Lindacher/*Pfeiffer* (Fn. 7) § 307 BGB Rn. 187, 198; *Basedow/Metzger,* Verzugsschaden (Fn. 6) 11; *Kieninger,* AnwBl 2012, 301, 306.

c) *Geschäftsumfeld*

Die gerichtliche Inhaltskontrolle soll ferner den jeweiligen Geschäftstyp und das Geschäftsumfeld sowie die in diesem Wirtschaftsverkehr geltenden branchentypischen Wertungen berücksichtigen. Dies folgt aus § 310 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB, wonach „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen“ ist.[64]

In diesem Zusammenhang spielt die Internationalität eines Geschäfts eine wichtige Rolle. Hat ein Geschäft überwiegend internationalen Charakter, wie dies bspw. bei den Dokumentenakkreditiven oder bei der Seebeförderung der Fall ist, ist auf seine Besonderheiten Rücksicht zu nehmen und auf den ggf. bestehenden internationalen Rechtsstandard abzustellen.[65] Wenn ein Geschäftsbereich insbesondere durch internationale Übereinkommen geregelt ist, kommt diesen Übereinkommen eine Leitbildfunktion zu.[66] In diesem Zusammenhang ist auf Art. 10 Hamburger Regeln[67] und Art. 19 und 20 Rotterdamer Regeln[68] hinzuweisen, die die gesamtschuldnerische Haftung vom vertraglichen und ausführenden Verfrachtern regeln. Dass die jüngeren internationalen Abkommen zur Güterbeförderung auf See diesbezügliche ausdrückliche Regelungen enthalten, zeigt eindeutig, dass sich die gesamtschuldnerische Haftung zu einem internationalen Standard entwickelt oder bereits entwickelt hat.

Im Anschluss daran kommt der üblichen Praxis in einem Geschäftsbereich und somit der Üblichkeit einer Klausel große Bedeutung zu. Diese Üblichkeit ist ein Zeichen dafür, dass dem Inhalt dieser Klausel eine besondere Bedeutung im internationalen Handel zukommt, die stets mit der wirtschaftlichen Funktion dieser Klausel in Zusammenhang steht.[69] Eine zu strenge Inhaltskontrolle einer international üblichen Klausel wirkt zum Nachteil der nationalen Rechtsordnung, die mit anderen nationalen Rechtsordnungen im internationalen Handel im Wettbewerb steht. Eine strenge Inhaltskontrolle hat lediglich die Abbedingung des deutschen Rechts zur Folge, nicht die Verbesserung oder Säuberung der in Frage stehenden Klausel. Denn es kommt überhaupt nicht zu einer anhaltenden Übung, wenn die beteiligten Geschäftskreise der Ansicht sind, dass ein Korrekturbedarf besteht.[70] Aus diesem Grund ist bei der Angemessenheitsprüfung einer Klausel, die internationale Üblichkeit auf-

---

[64] *Basedow/Metzger,* Verzugsschaden (Fn. 6) 10.

[65] *Basedow/Metzger,* Verzugsschaden (Fn. 6) 12 f., 24 f.

[66] *Basedow,* Internationale Transporte (Fn. 14) 245.

[67] S. oben Fn. 20.

[68] S. oben Fn. 20.

[69] *Basedow,* ZHR 150 (1986) 469, 490; *Berger,* NJW 2010, 465, 470; *Lehmann/Ungerer,* ERPL 25 (2017) 313, 333 f.; *Maier-Reimer,* NJW 2017, 1, 4.

[70] MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) § 310 BGB Rn. 18; Wolf/Lindacher/*Pfeiffer* (Fn. 7) § 307 BGB Rn. 194.

weist, Zurückhaltung geboten.[71] Im Hinblick darauf ist festzustellen, dass die IoC-Klausel keineswegs ungewöhnlich ist. Wie vorher erwähnt, kommt die Klausel bei Vercharterung eines Schiffes auf Zeit standardmäßig vor, wenn der Zeitcharterer als Verfrachter Konnossemente ausstellt. Aus diesem Grund ist auch dem Urteil des OLG Hamburg aus dem Jahr 1981 zu widersprechen, in dem das Gericht die IoC-Klausel für eine überraschende Klausel im Sinne des AGB-Rechts hielt.[72] Zudem ist an dieser Stelle nochmals auf den Wandel der wirtschaftlichen Funktion der IoC-Klausel hinweisen: Anfänglich verfolgte sie den Zweck, die Charterer durch doppelte Haftungsbeschränkung zu begünstigen. Seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts dient sie jedoch dazu, die Schadensabwicklung dem Schiffseigentümer bzw. seinem Haftpflichtversicherer zuzuweisen.

d) Rechtsökonomische Kriterien

Als weitere Anhaltspunkte für die Angemessenheitsprüfung von AGB-Klauseln werden rechtsökonomische Kriterien angeführt. Unter ihnen ist vor allem die Beherrschung bzw. die Vermeidung des Vertragsrisikos zu nennen – auch im Hinblick auf und in Übereinstimmung mit der Präventionsfunktion des Haftungsrechts.[73] Die Abwälzung eines bestimmten Risikos auf den Kunden ist nicht zu beanstanden, wenn der Kunde die Möglichkeit hat, durch zumutbares eigenes Handeln die Verwirklichung des Risikos besser vermeiden zu können als der AGB-Verwender (*cheapest cost avoider*).[74] Aus diesem Blickwinkel lässt sich festhalten, dass der Schiffseigentümer in einer besseren Lage ist, wenn es darum geht, die Risiken der Güterbeförderung zu beherrschen. Denn die Schiffsbesatzung besteht aus seinen Hilfspersonen, die seinen Anweisungen unterliegen.[75] Er ist daher auch derjenige, der die Beförderung tatsächlich ausführt, nämlich der „ausführende" Verfrachter ist. Die deutsche Rechtsprechung, die den Namen oder das Firmenlogo des Verfrachters auf der Vorderseite von Konnossementen als Individualabrede i.S.v. § 4 AGBG a.F. (§ 305b BGB) betrachtete, hat im Endeffekt diejenige, die die Beförderung tatsächlich ausgeführt haben, von der Haftung gegenüber dem Kunden/Befrachter befreit – also zu dessen Lasten.[76]

---

[71] *Basedow/Metzger,* Verzugsschaden (Fn. 6) 13 f.; s. auch *Berger,* NJW 2010, 465, 470.

[72] OLG Hamburg 11.6.1981 – 6 U 12/81, VersR 1982, 65, 66. Kritisch *Basedow,* RabelsZ 48 (1984) 607, 611.

[73] *Basedow,* Transportvertrag (Fn. 13) 487 ff.

[74] Staudinger/*Coester* (Fn. 16) § 307 BGB Rn. 166 ff.; MüKo BGB/*Wurmnest* (Fn. 15) § 307 BGB Rn. 48 f.; Wolf/Lindacher/*Pfeiffer* (Fn. 7) § 307 BGB Rn. 188; *Berger,* NJW 2010, 465, 470.

[75] Vgl. *Kötz,* AGB (Fn. 16) 23 f.

[76] A.A. *Rabe,* TranspR 1989, 81, 87.

Zudem muss bei der Angemessenheitsprüfung Berücksichtigung finden, ob ein bestimmtes Vertragsrisiko auf dem Markt üblicherweise durch die Kundenseite oder durch die Anbieterseite überhaupt bzw. mit geringeren Kosten versichert werden kann (*cheapest insurer*).[77] Diesem Kriterium kommt bei der Güterbeförderung jedoch aus Sicht des Kunden-Verwender-Verhältnisses keine große Bedeutung zu; denn einerseits wird in der Praxis kein einziges Stück ohne eine Güterversicherung verschifft. Zum anderen fährt auch kein Schiff ohne Haftpflichtversicherung. In den meisten Fällen wird sogar ein Rechtsstreit zwischen Güter- und Haftpflichtversicherern außergerichtlich gelöst. Doch aus dem Blickwinkel einer gesamtschuldnerischen Haftung von Zeitcharterer/Verfrachter und Schiffseigentümer/ausführendem Verfrachter ist dies sehr sinnvoll. Denn die P&I Clubs (Haftpflichtversicherer der Schiffseigentümer) fungieren größtenteils auch als Haftpflichtversicherer für die Zeitcharterer.[78] In meisten Fällen kümmert sich derselbe P&I Club um die Schadensabwicklung nicht nur im Namen des Reeders, sondern auch im Namen des Zeitcharterers.[79]

e) Entstehung der AGB

Zu guter Letzt stellt die Entstehungsmodalität der in Frage stehenden AGB einen wichtigen Maßstab bei der Inhaltskontrolle dar. In manchen Geschäftskreisen werden die AGB nicht nur durch die Anbieter vorbereitet; vielmehr wirken alle betroffenen Branchenvertreter, d.h. sowohl von der Anbieter- als auch von der Kundenseite, bei der Entstehung bzw. Aktualisierung der AGB mit. Solche AGB sind von denjenigen zu unterscheiden, die nur durch Unternehmen oder durch die Vertreter der Anbieter in einem Geschäftsbereich vorbereitet wurden. Die unter Mitwirkung von der Marktgegenseite vorbereiteten AGB stellen fast ausnahmslos einen Gesamtkompromiss dar, der bei der Angemessenheitskontrolle zu berücksichtigen ist.[80]

Im Transportgeschäft finden sich zahlreiche AGB, die im Regelfall durch die Anbieterseite vorbereitet sind. Beispielsweise bietet die BIMCO,[81] die überwiegend aus Reedereien, Beförderern und Handelsvertretern sowie Brokern besteht, über 45 vorformulierte Konnossemente, 45 vorformulierte Reisecharterverträge sowie fast 20 vorformulierte Zeitcharterverträge an, die an die Bedürfnisse bestimmter Beförderungsmodalitäten (Tanker, Multimodal,

---

[77] MüKo BGB/*Wurmnest* (Fn. 15) § 307 BGB Rn. 42, 45 f., § 309 Nr. 7 BGB Rn. 34; *Berger,* NJW 2010, 465, 470; *Frankenberger,* AnwBl 2012, 318, 319.

[78] *Edgar Gold,* Gard Handbook on P&I Insurance[5] (London 2002) 124 f., 146; *Wodrich/Suhr,* VersR 1976, 20, 21 f.

[79] *Wodrich/Suhr,* VersR 1976, 20, 22.

[80] MüKo BGB/*Basedow* (Fn. 3) § 310 BGB Rn. 8; Wolf/Lindacher/*Pfeiffer* (Fn. 7) § 307 BGB Rn. 201, 204 f.; *Basedow/Metzger,* Verzugsschaden (Fn. 6) 11 f.

[81] Baltic and International Maritime Council.

Linienschifffahrt) bzw. bestimmter Güter (Stückgut, Trockenfracht, Getreide, Öl, Dünger) angepasst sind und in der Praxis weitgehend verwendet werden.[82] FIATA,[83] die aus beinahe vierzigtausend Spediteuren und Logistikfirmen besteht, hat auch mehrere vorformulierte Dokumente, wie etwa Konnossemente für multimodale Beförderung oder Spediteurübernahmebescheinigungen, die in der Praxis ebenfalls weitgehend verwendet werden.[84] Dagegen sind die Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp)[85] Ergebnis der Zusammenarbeit von mehreren, Industrie und Handel vertretenden Wirtschaftsverbänden und vom Deutschen Spediteur- und Logistikverband. Dementsprechend werden sie von beiden beteiligten Wirtschaftskreisen zur Anwendung empfohlen.[86]

Für die Prüfung der IoC-Klausel hinsichtlich ihrer Angemessenheit bietet dennoch ihre Entstehung keinen Anhaltspunkt. Denn nicht einmal die vorformulierten Konnossemente von BIMCO enthalten eine IoC-Klausel. Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass die IoC-Klausel lediglich im Falle einer Vercharterung des Schiffes auf Zeit vorkommt. Bei der Vorbereitung von vorformulierten Konnossementen durch BIMCO stützt sich diese aber vielmehr auf die Bedürfnisse bestimmter Beförderungsmodalitäten (Tanker, Multimodal, Linienschifffahrt) bzw. bestimmter Güter, und nicht auf die Tatsache, ob das bei der Beförderung eingesetzte Schiff unter Zeitcharter steht.

IV. Schlussfolgerung

Im deutschen Recht fehlte es bis zum Jahr 2013 an einer Regelung der gesamtschuldnerischen Haftung von vertraglichen und ausführenden Verfrachtern. Die geltungserhaltende Auslegung der international üblichen IoC-Klausel als Anordnung einer gesamtschuldnerischen Haftung würde im Seetransportgeschäft zweifellos und vor allem zum Vorteil von Kunden/Befrachtern wirken. Dies würde unbestreitbar auch zur Präventionsfunktion des Haftungsrechts beitragen; denn der Reeder ist derjenige, der die Risiken der Güterbeförderung am ehesten beherrschen kann. Zudem ist der Haftpflichtversicherer von Reeder und Zeitcharterer in den meisten Fällen derselbe P&I Club, der sich

---

[82] S. <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts> (24.10.2017).

[83] Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés (International Federation of Freight Forwarders Associations).

[84] S. <http://fiata.com/about-fiata/fiata-documents.html#c161> (24.10.2017).

[85] S. <https://www.dslv.org/dslv/web.nsf/id/pa_de_adsp.html> (24.10.2017).

[86] Diesen überparteilichen Charakter von ADSp hat der BGH in seiner Rechtsprechung auch berücksichtigt und sie als „allgemein geregelte Vertragsordnung sowie fertig bereitliegende Rechtsordnung“ anerkannt. S. bspw. BGH 8.3.1955 – I ZR 109/53, BGHZ 17, 1, 2 = NJW 1955, 1145; BGH 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151, 155 = NJW 1964, 1123, 1124; BGH 9.10.1981 – I ZR 188/79, NJW 1982, 1820, 1821 = TranspR 1982, 77, 78.

um die Schadensabwicklung kümmert. Deshalb und aus verfahrensökonomischen Gründen scheint daher die Zuweisung der Schadensabwicklung an den Haftpflichtversicherer des Reeders/Zeitcharterers auch sinnvoll zu sein. Jedoch hat die Unbeachtlichkeit der IoC-Klausel aufgrund des Namens/Firmenlogos des Verfrachters (Individualabrede) auf der Vorderseite des Konnossements für diese Überlegungen im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung sowie für die Erreichung eines angemessenen Interessenausgleichs bei Vorliegen einer gesetzlichen Lücke keinen Raum gelassen. Dies zeigt, dass zuweilen vielversprechende Gelegenheiten, die einen angemessenen Interessenausgleich im unternehmerischen Verkehr ermöglichen, in der Anwendung des AGB-Rechts übersehen oder zumindest nicht wahrgenommen werden.

Mehr Freiheit wagen im Kartell- und Marktregulierungsrecht

Wolfgang Wurmnest

I. Einführung

Die Leistungsfähigkeit der Wettbewerbswirtschaft gründet sich auf die Ausübung wirtschaftlicher Freiheitsrechte. Der Freiheit, am Wettbewerb teilzunehmen und von seinen Vorteilen zu profitieren, droht Gefahr von zwei Seiten: zum einen durch antikompetitive Handlungen Privater, zum anderen durch staatliche Regulierung. *Jürgen Basedow* bekämpft seit langem beide Typen der Freiheitsbeschneidung. Seine wichtigsten bis 2001 veröffentlichten Beiträge und Redemanuskripte „über Deregulierung und Wettbewerb“ hat er deshalb

unter dem feinsinnigen Titel „Mehr Freiheit wagen“ veröffentlicht,[1] der auch diesem Symposium sein Gepräge gibt.

Wann *Jürgen Basedow* das erste Mal näher in Kontakt mit dem Kartell- und Regulierungsrecht kam, wird man mit Sicherheit erst sagen können, wenn ihn die Herausgeber der ZEuP mit Erfolg bitten, einen Beitrag zur Rubrik „My life as a lawyer“ zu verfassen. Man wird aber vermuten dürfen, dass er als Sohn eines Kaufmanns schon früh ein Gespür für die Vorteile des freien Wettbewerbs entwickeln konnte. Spätestens seit seiner Befassung mit transportrechtlichen Fragen am Pariser Institut de droit comparé, welches damals von René Rodière geleitet wurde, kam er wissenschaftlich mit Maßnahmen zur Kontrolle der freien Konkurrenz in Berührung, ruft man sich in Erinnerung, dass die Historie der Transportwirtschaft nichts anderes als „eine Geschichte der Wettbewerbsbeschränkung“ ist.[2] So behinderten während *Jürgen Basedows* Zeit in Paris etwa staatliche Kabotageverbote verschiedenster Art den Zugang ausländischer Anbieter zum Markt für innerstaatliche Transportdienstleistungen, und Kartellverbünde waren in zahlreichen Branchen weitgehend erlaubt (Linienkonferenzen der Reeder, IATA-Flugpreiskartell etc.). Vertieft wurde sein wissenschaftliches Interesse an Fragestellungen des Wettbewerbs und der marktwidrigen Regulierung an der Harvard Law School, wo er im akademischen Jahr 1980/81 sein Masterstudium absolvierte und sich in seiner Masterarbeit mit der Entwicklung des Rechts der „Common Carrier“ befasste, in deren Rahmen er auch auf die Deregulierung der Verkehrswirtschaft in den USA einging, die Ende der 1970er Jahre begonnen hatte.[3]

Seitdem hat ihn das Generalthema „Schutz wettbewerblicher Freiheiten“, zu dem er über das Verkehrsrecht Zugang gefunden hat, nicht mehr losgelassen. Dem Staat wies er dabei zum einen die Aufgabe zu, marktwidrige Rechtsregeln zurückzuschneiden, und zum anderen einen Ordnungsrahmen zu schaffen, der den freien Wettbewerb effektiv vor Verfälschungen schützt. Die unionsrechtliche Ebene hatte er bei seiner Forschung immer im Blick,[4] wohl wissend, dass ein europäischer Markt mit offenen Grenzen den Wettbewerb fördert.

---

[1] *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen: Über Deregulierung und Wettbewerb (Tübingen 2002).

[2] Vgl. *Jürgen Basedow,* Stichwort Kartelle, in: Vahlens Großes Logistiklexikon, hrsg. von Jürgen Bloech/Gösta B. Ihde (München 1997) 422–424, 423: „Die Geschichte der Verkehrswirtschaft ist eine Geschichte von Wettbewerbsbeschränkungen“.

[3] Aus seiner Masterarbeit ging folgende Veröffentlichung hervor: *Jürgen Basedow,* Common Carriers: Continuity and Disintegration in U.S. Transportation Law, ETL 18 (1983) 251–386.

[4] Vgl. etwa *Jürgen Basedow,* Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten – Vom Zwang zur Marktöffnung in der EG, Staatswissenschaft und Staatspraxis 2 (1991) 151–169, 157 f.; *ders.*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung (Tübingen 1992) 26 ff.

Das Austarieren von Freiheitsbereichen ist für den gesamten Bereich der Wirtschaftsordnung von fundamentaler Bedeutung.[5] Nachfolgend soll der Grundsatz „mehr Freiheit wagen" an drei Teilfragen näher beleuchtet werden, die eng mit dem Wirken *Jürgen Basedows* verbunden sind: die Zurückdrängung marktwidriger Regulierung, der Kampf für ein wettbewerbsorientiertes Recht der Zusammenschlusskontrolle sowie die Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Dabei sollen zentrale Thesen *Jürgen Basedows* im Lichte aktueller Entwicklungen gewürdigt werden. Für die zunächst betrachtete Deregulierung soll beispielhaft auf den Taximarkt eingegangen werden (unten II.). Bei der anschließend erörterten Frage der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Erwägungen in der Zusammenschlusskontrolle wird ein Blick auf die kürzlich erfolgte Reform der Ministererlaubnis geworfen (unten III.) und zuletzt wird im Zusammenhang mit der Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung auf die zum Zeitpunkt des Symposiums vom Ministerium für Justiz und Verbraucherschutz angedachte Musterfeststellungsklage eingegangen, die mittlerweile vom deutschen Gesetzgeber verabschiedet wurde (unten IV.).

II. Deregulierung als Daueraufgabe

1. Allgemeines

Zunächst soll ein Blick auf die Deregulierung geworfen werden, der *Jürgen Basedow* in den Anfangsjahren seiner akademischen Laufbahn einen großen Teil seiner Kraft widmete. Stimuliert durch seine Erfahrungen in den USA, begann er nach seiner Rückkehr an das Hamburger Max-Planck-Institut verstärkt an der Erfassung und Zurückdrängung staatlich gesetzter Wettbewerbsbeschränkungen zu arbeiten. Dabei lernte er schnell, dass es manchmal etwas Zeit benötigt, bis sich neue Ideen durchsetzen. Einen Vortrag über die Stärkung des Wettbewerbs zwischen Fluglinien in den USA, den er auf Einladung Ernst-Joachim Mestmäckers im Hamburger Max-Planck-Institut hielt, konnte er nicht wie ursprünglich geplant in einer Wirtschaftszeitung veröffentlichen. Die Wirtschaftsredakteure der von ihm kontaktierten Blätter standen einer Deregulierung des Flugverkehrs Anfang der 1980er Jahre sehr verschlossen gegenüber, wie er später genüsslich berichtete, um engagierte Wissenschaftler zu ermuntern, „in langen Zeiträumen zu denken und […] Themen nicht

[5] Zu den Grundlagen der Zurückdrängung staatlich legitimierter Monopolmacht sowie zur Bedeutung der Freiheitsordnung durch Rechtsregeln s. *Ernst-Joachim Mestmäcker,* Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, hrsg. von Monopolkommission (Baden-Baden 2005) 19–35, 22 ff.

deshalb aufzugeben, weil sie der herrschenden Meinung der Gegenwart widersprechen."[6]

Als sich der Wind in Deutschland langsam drehte, bekam er als frisch an die Universität Augsburg berufener Professor das Angebot, in der Deregulierungskommission mitzuarbeiten. Dieses Gremium wurde von der damaligen CDU/FDP-Bundesregierung eingesetzt, um Vorschläge zum Abbau wettbewerbsschädlicher Regulierung zu erarbeiten. Die Kommission nahm im Frühjahr 1988 unter Vorsitz des Volkswirtes Juergen B. Donges die Arbeit auf und legte 1990 und 1991 zwei Berichte mit zusammen rund 100 Vorschlägen für diverse Deregulierungsmaßnahmen in ausgewählten Wirtschaftsbereichen mit hoher Regulierungsdichte vor, darunter die Versicherungswirtschaft, das Verkehrsgewerbe, der Strommarkt, das Handwerk und der Arbeitsmarkt.[7] Von diesen Vorschlägen wurde in den nächsten Jahren – trotz erheblicher Widerstände – immerhin rund die Hälfte umgesetzt,[8] zuvörderst in den Bereichen des Versicherungswesens und der Verkehrswirtschaft. Später wurden weitere Vorschläge realisiert, vor allem durch Vorstöße der Europäischen Union, etwa im Bereich der Öffnung der Märkte im Strom- und Gassektor oder für Postdienstleistungen. Auch die Deregulierung von Postdienstleistungen wurde von *Jürgen Basedow* begleitet, u.a. als Mitglied der sog. Infopost-Kommission und als Gutachter.[9] Mit großem Engagement setzte er sich auch hier für die Zurückdrängung staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen ein, ohne natürlich zu vergessen, dass (liberalisierte) Märkte auch gegen privatautonom gesetzte Wettbewerbsbeschränkungen geschützt werden müssen.[10]

Nun ist Deregulierung freilich kein Selbstzweck. Staatliche Regeln, die für alle Marktbeteiligten in gleicher Weise gelten, bilden vielmehr das Fundament für Transaktionen auf dem Markt. Neben diesen sinnvollen Regeln gibt es aber auch Normen, die sich nur an bestimmte Gruppen richten, deren Ver-

---

[6] *Jürgen Basedow,* Die Wettbewerbspolitik in den Ausnahmebereichen: Eine Bilanz deutscher und europäischer Deregulierung, in: Beschränkung des staatlichen Einflusses in der Wirtschaft – Referate des XXVI. FIW-Symposions, hrsg. von FIW (Köln 1993) 23–40, 23.

[7] Beide Berichte wurden später zusammen publiziert: *Deregulierungskommission – Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierung,* Marktöffnung und Wettbewerb (Stuttgart 1991).

[8] *Bernhard Molitor,* Deregulierung in Europa (Tübingen 1996) 26.

[9] Eine Reihe von Gutachten zum Wirtschaftsrecht von Postdienstleistungen verfasste er mit seinen tatkräftigen Mitarbeitern *Roland Donath, Andreas Schmidt, Eva-Maria Kieninger* bzw. *Christian Jung*. Sie sind veröffentlicht in: Das neue Wirtschaftsrecht der Postdienste: Postagenturen, Postmärkte und Postmonopol in deutscher und europäischer Perspektive, hrsg. von Jürgen Basedow (Heidelberg 1995).

[10] Vgl. nur *Jürgen Basedow/Christian Jung,* Strategische Allianzen: Die Vernetzung der Weltwirtschaft durch projektbezogene Kooperation im deutschen und europäischen bewerbsrecht (München 1993). Diese Studie geht auf einen Forschungsauftrag des damaligen Bundesministeriums für Post und Telekommunikation zurück.

tragsfreiheit gezielt eingeschränkt wird. Auch solche Normen der „speziellen Regulierung“ ergeben in einer Marktwirtschaft Sinn. Sie bedürfen aber einer besonderen Rechtfertigung, wie etwa jener der Verhinderung von Markt- bzw. Wettbewerbsversagen oder des Schutzes öffentlicher Interessen.[11] Allerdings sollten, wie die Deregulierungskommission herausgearbeitet hat, solche Regeln stets in einer Weise ausgestaltet sein, die die wirtschaftliche Freiheit so wenig wie möglich einschränkt.[12] Vor diesem Hintergrund ist klar, dass Deregulierung häufig sehr differenzierte Antworten erfordert und es mit dem einfachen Streichen von Normen oftmals nicht getan ist. Zudem muss der Gesetzgeber das Regelwerk in regelmäßigen Intervallen prüfen, um zu klären, ob der gesetzte Freiheitsrahmen noch sinnvoll ist oder ob er nicht maßvoll erweitert (oder ggf. weiter beschränkt) werden muss, da sich Rechtfertigungen über die Zeit auch erledigen oder ändern können.[13] Mit einzelnen Reformen ist es somit nicht getan. Die Zurückdrängung staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen ist, wie es *Jürgen Basedow* einmal formulierte, vielmehr eine „Daueraufgabe […], die sich immer wieder für neue Lebensbereiche stellt, und die […] gleichsam als permanentes Gegenstück zu dem allgegenwärtigen Regulierungsdrang in entwickelten Industriegesellschaften [begriffen werden muss]“.[14] Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden der regulatorische Rahmen des Taximarktes kritisch begutachtet werden, mit dem sich schon die Deregulierungskommission beschäftigt hat und der auf Grund der Verbreitung von internetbasierten Informationstechnologien unlängst wieder in den Fokus der Aufmerksamkeit gerückt ist.

2. *Stärkung des Wettbewerbs auf dem Taximarkt*

a) *Der geltende Ordnungsrahmen*

Die Regulierung des Personenbeförderungsverkehrs in Deutschland reicht bis in die Weimarer Zeit zurück und wurde seither immer weiter ausdifferenziert.[15] Mittlerweile gibt es ein dichtes Regelwerk für die Taxiwirtschaft, das neben der Marktordnung auch die Sicherheit von Fahrzeugen und eine gewisse Beständigkeit und Qualität der angebotenen Dienstleistungen sicherstellen will, da der Taxiverkehr den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) ergänzen soll.

---

[11] *Deregulierungskommission,* Marktöffnung und Wettbewerb (Fn. 7) Tz. 4 ff., 34; vgl. auch *Jürgen Basedow,* Boosting the Economy – Special Economic Zones or Nationwide Deregulation?, in: Special Economic Zones, hrsg. von dems./Toshiyuki Kono (Tübingen 2016) 3–19, 12.

[12] *Deregulierungskommission,* Marktöffnung und Wettbewerb (Fn. 7) Tz. 34.

[13] *Deregulierungskommission,* Marktöffnung und Wettbewerb (Fn. 7) Tz. 15.

[14] *Basedow,* Wettbewerbspolitik in den Ausnahmebereichen (Fn. 6) 39.

[15] Näher dazu *Christian Heinze,* in: Christian Heinze/Michael Fehling/Lothar Fiedler, Personenbeförderungsgesetz: Kommentar² (München 2014) Vorbemerkungen IV Rn. 1 ff.

Der Betrieb eines Taxis zur Durchführung entgeltlicher Personenbeförderungen zu individuell bestimmten Zielen ist genehmigungspflichtig.[16] Voraussetzung der Genehmigungserteilung ist, dass der Antragsteller subjektiv geeignet ist, solche Dienstleistungen zu erbringen, wobei auch seine finanzielle Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen ist (§ 13 Abs. 1 PBefG). Die fachliche Eignung wird regelmäßig durch eine erfolgreich absolvierte Fachkundeprüfung für Taxiunternehmer bei der Handelskammer nachgewiesen, sofern nicht besondere Ausnahmen greifen. Unabhängig von der Eignung des Antragstellers kann eine Genehmigung allerdings versagt werden, „wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen dadurch beeinträchtigt werden, daß durch die Ausübung des beantragten Verkehrs das örtliche Taxengewerbe in seiner Funktionsfähigkeit bedroht wird" (§ 13 Abs. 4 Satz 1 PBefG). Deshalb werden Genehmigungen, die zeitlich ohnehin für höchstens fünf Jahre erteilt werden (§ 16 Abs. 4 PBefG), zumeist kontingentiert.[17]

Als Teil des ÖPNV unterliegen Taxis bei Fahrten innerhalb des sog. Pflichtfahrbereichs ferner der Beförderungspflicht (§ 22 i.V.m. § 47 Abs. 4 PBefG) sowie der Tarifpflicht zu behördlich festgesetzten Preisen (§ 51 Abs. 5 i.V.m. § 39 Abs. 3 PBefG). Darüber hinaus wird eine Betriebspflicht angeordnet (§ 21 i.V.m. § 47 Abs. 3 PBefG), um sicherzustellen, dass Kunden auf Taxiangebote in ausreichendem Umfang zugreifen können. Auf Fahrten außerhalb ihres Pflichtfahrbereichs dürfen Taxis keine Fahrgäste aufnehmen, sofern es keine Vereinbarung zwischen den Behörden der betroffenen Pflichtfahrbereiche gibt (§ 47 Abs. 2 PBefG). Die Anforderungen an die technische Ausstattung und Sicherheit des eingesetzten Fahrzeugs (Alarmanlage, Anzahl der Türen, Taxischild, Taxameter etc.) ergeben sich im Wesentlichen aus der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft). Jeder Taxifahrer benötigt schließlich eine Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung nach § 48 der Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr („Taxischein"), zu deren Erhalt regelmäßig eine Ortskundeprüfung erforderlich ist.

---

[16] Die Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) sowie anderer Regulierungsregeln für Taxis, die mit dem PBefG abgestimmt sind, greifen nicht, wenn die Beförderung unentgeltlich übernommen wird, was auch der Fall ist, wenn das berechnete Entgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG), also etwa lediglich ein geringes „Benzingeld" verlangt wird. Näher zur Bestimmung der Betriebskosten *Urs Kramer/Tim Hinrichsen,* Der Fall Uber – Taxen, Mietwagen und der technologische Fortschritt, GewArch 2015, 145–150, 147.

[17] Antragsteller, die wegen der Kontingentierung keine Genehmigung erhalten, obwohl sie die subjektiven Voraussetzungen erfüllen, werden im Regelfall auf eine Warteliste gesetzt. Nach § 13 Abs. 5 PBefG müssen bei der Genehmigungserteilung Neubewerber und vorhandene Unternehmer jeweils angemessen berücksichtigt werden, so dass Personen auf der Warteliste in einer der nächsten Vergaberunden zum Zuge kommen können, was aber durchaus mehrere Jahre dauern kann.

b) *Deregulierungspotenzial I: Verringerung von Marktzutrittsschranken*

Legt man den oben (II. 1.) dargelegten Maßstab zur Kontrolle von Regulierungsvorschriften an, so zeigt sich, dass die Beschränkung des Zugangs zum Taximarkt im Interesse des Wettbewerbs an verschiedenen Stellen gelockert werden kann.

Der erste Punkt betrifft die Aufgabe des Kontingentierungssystems. Schon die Deregulierungskommission hatte dieses Konzessionssystem scharf gegeißelt,[18] das den Zugang neuer Unternehmer zum Taximarkt erschwert und dadurch in der Vergangenheit sicherlich mitursächlich für sehr hohe Preise für die Übertragung von Genehmigungen im Zuge von Betriebsübernahmen bzw. Betriebsverpachtungen war.[19] Seither hat mit Hamburg bereits eine bedeutende Stadt die Kontingentierung aufgehoben, ohne dass deren Taximarkt zusammengebrochen wäre. Gleiches lässt sich auch für einige kleinere Städte wie Lübeck und Kiel konstatieren, die ebenfalls das Konzessionssystem abgeschafft haben.[20] Diese Entwicklung dürfte ein empirischer Fingerzeig dafür sein, dass auch in anderen Gebieten die Anzahl der Genehmigungen freigegeben werden kann, ohne dass es zu einem Marktversagen kommt, welches gemeinhin als Rechtfertigung für die Kontingentierung genannt wird. Auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie ist heute anerkannt, dass die zahlenmäßige Limitierung von Taxen zu Wohlfahrtsverlusten führen kann und zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden Marktes – etwa zur Verhinderung ruinöser Konkurrenz oder misslicher externer Effekte – nicht unbedingt notwendig ist.[21] Besondere Marktgegebenheiten, die die Herausbildung eines

---

[18] *Deregulierungskommission,* Marktöffnung und Wettbewerb (Fn. 7) Tz. 208.

[19] Ein direkter Handel mit Genehmigungen ist nicht statthaft, allerdings ist es nach § 2 Abs. 3 PBefG möglich, die aus der Genehmigung erwachsenden Rechte und Pflichten zu übertragen, sofern zugleich das ganze Unternehmen oder wesentliche selbständige und abgrenzbare Teile desselben auf den Erwerber übertragen werden. Waren in den 1980er Jahren in einigen Städten für eine solche Übertragung umgerechnet bis zu 15.000 € pro Genehmigung zu zahlen, sind die Preise mittlerweile (Stand: 2007) auf rund 5.000–7.000 € gefallen, vgl. Germany, in: OECD Roundtable Taxi Services: Competition and Regulation (2007) 117–122, 118, abrufbar unter <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41472612.pdf>. Allg. zur Fehlleitung von Ressourcen durch das Taxi-Konzessionssystem *Claus-Friedrich Laaser,* Wettbewerb im Verkehrswesen: Chancen für eine Deregulierung in der Bundesrepublik (Tübingen 1991) 46.

[20] Vgl. zur Abschaffung der Kontingente: Taxi heute vom 5.10.2010, abrufbar unter <http://www.taxi-heute.de/Taxi-News/News/8550/Luebeck-verschaerft-die-Konzessionsvergabe>.

[21] Näher dazu *Laaser,* Wettbewerb im Verkehrswesen (Fn. 19) 88 ff.; vgl. allg. auch Executive Summary, in: OECD Roundtable Taxi Services: Competition and Regulation (2007) 7–10, 7: „It is increasingly widely accepted that restricting taxi numbers constitutes an unjustifiable restriction on competition and reduces economic welfare. While a number of theoretical arguments based on externalities (notably pollution and congestion) and productivity have been advanced to justify the imposition of supply restrictions, each of these

Marktgleichgewichts stören oder gar verhindern könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere gibt es keine hohen Marktaustrittsschranken, die den Abbau von Überkapazitäten behindern und nicht profitabel arbeitende Unternehmen zwingen könnten, im Markt zu bleiben. Unternehmer, die sich am Markt nicht behaupten, können vielmehr ihre Genehmigung aufgeben und anschließend ihre Fahrzeuge verkaufen, was (trotz der Sonderausstattung für Taxen) auf dem Gebrauchtwagenmarkt unproblematisch möglich ist.[22] Dass die mit der Abschaffung der Angebotslimitierung möglicherweise einhergehende Erhöhung der Anzahl der Fahrzeuge und Unternehmer im Markt[23] zu einer Vergrößerung des Arbeits- und Kontrollaufwands der staatlichen Hand führen kann, ist ein allgemeines Problem der Gewerbeaufsicht und kann nicht als Rechtfertigung für die Beschränkung des Wettbewerbs herangezogen werden. Gleiches gilt für das Argument, dass ein Konzessionssystem für Behörden kostengünstiger zu verwalten ist, da Defizite im Behördenapparat nicht als Rechtfertigung für die scharfe Beschneidung des Zugangs zum Taximarkt taugen.[24] Bedenkt man ferner, dass vor allem in Ballungsräumen eine große Nachfrage nach individuellen Beförderungsleistungen besteht, sollten diese Gebiete beim Abbau des Konzessionssystems vorangehen. Langfristig ist § 13 Abs. 4 PBefG zu streichen,[25] da zu erwarten steht, dass auch in ländlichen Regionen die Zahl der Taxen, die ihre Dienste anbieten, hierdurch nicht zurückgehen wird.[26]

Fragwürdig ist auch das Verbot, bei Fahrten über die Grenze des Pflichtfahrgebiets hinaus Personen am Straßenrand einzuladen oder sich an Taxiständen für eine entsprechende Beförderung bereitzuhalten. Wenn ein Passagier z.B. zum Flughafen in einem anderen Pflichtfahrgebiet befördert wird, muss der Fahrer nach geltendem Recht leer in sein angestammtes Gebiet zurückfahren, da er außerhalb seines Pflichtfahrbereichs nicht als Konkurrent für dortige Taxis auftreten darf. Für Kunden ist dies wenig vorteilhaft, da ein Taxi die Leerfahrt bei der Preisgestaltung einkalkulieren muss. Für Taxis hat

---

rationales is strongly contested. In sum, the economics literature provides little support on theoretical grounds for supply restrictions.“, abrufbar unter <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41472612.pdf>.

[22] *Deregulierungskommission,* Marktöffnung und Wettbewerb (Fn. 7) Tz. 205; *Laaser,* Wettbewerb im Verkehrswesen (Fn. 19) 90; *Monopolkommission,* Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, XX. Hauptgutachten 2012/2013 (Baden-Baden 2014) Tz. 232.

[23] Ob sich die Zahl der Markteintritte nach Aufgabe der Kontingentierung signifikant erhöht, hängt entscheidend davon ab, inwieweit die Zahl der bisherigen Genehmigungen aus Sicht des Marktes zu knapp bemessen war.

[24] *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 232.

[25] Für eine Streichung von § 13 Abs. 4 PBefG auch *Carsten König,* Marktöffnung und Wettbewerb im Taxigewerbe, BB 2015, 1095–1101, 1099.

[26] *Monopolkommission,* Wettbewerb 2016, XXI. Hauptgutachten 2014/2015 (Baden-Baden 2017) Tz. 1287.

diese Regelung den Nachteil, dass sie nur unzureichend auf den Wettbewerbsdruck durch Mietwagenunternehmer reagieren können, die in den letzten Jahren durch Wagen mit Chauffeuren ihre Marktanteile für den Personentransport ausbauen konnten.[27] Wer etwa von Augsburg zum Flughafen München fahren will und die Zeit hat, diese Fahrt mit etwas Vorlauf zu planen – Mietwagen müssen über den Sitz des Unternehmers bestellt werden,[28] während Taxis darüber hinaus an Taxiständen bereitstehen oder im Straßenverkehr herangewunken werden können –, muss für die Taxifahrt rund 140 € zahlen (der Preis ist verhandelbar), während Mietwagenunternehmer einen Transport auf dieser Strecke zu deutlich günstigeren Konditionen anbieten (je nach Art des eingesetzten Fahrzeugs und der Beförderungsbedingungen liegen die Preise sogar weit unter der Hälfte des Preises, der üblicherweise von einem Taxi genommen wird). Zwar müssen Mietwagen nach Ausführung der Fahrt grundsätzlich an ihren Betriebssitz zurückkehren. Dies gilt allerdings nicht, wenn vor oder während der Fahrt ein neuer Beförderungsauftrag am Betriebssitz des Unternehmers eingeht (§ 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG), so dass in dem Flughafenbeispiel eine große Chance besteht, einen Fahrgast zurückzubefördern, was bei der Preisgestaltung einkalkuliert werden kann. Daher sollte man Taxis, die Personen zu Zielorten außerhalb des Pflichtfahrbereichs befördern, gestatten, dort ebenfalls ihre Dienste anzubieten, um die Zahl der Leerfahrten zu reduzieren.[29]

Schließlich würde der Marktzugang auch erleichtert, wenn die Höhe der finanziellen Ressourcen, über die ein Taxiunternehmer verfügen muss, um eine Genehmigung zu erhalten, verringert würde. Vor rund 25 Jahren hatte die Deregulierungskommission Eigenkapitalanforderungen gar für entbehrlich gehalten. Die damalige Behördenpraxis verlangte allerdings zum Teil sehr hohe Beträge, etwa in Höhe von 50 % des Werts eines eingesetzten Fahrzeugs.[30] Heute genügt nach § 2 Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr (PBZugV) eine Eigenkapitalreserve von mindestens 2.250 € für das erste Fahrzeug und von 1.250 € für jedes weitere genutzte Taxi.[31]

---

[27] Schätzungen gehen davon aus, dass Mietwagenunternehmen bis zum Jahr 2007 rund 1/3 des Marktes von den Taxis übernommen hatten, vgl. Germany, in: OECD Roundtable (Fn. 19) 117.

[28] Der Beförderungsauftrag darf also nicht direkt dem Fahrer erteilt werden, da er dann wie ein Taxifahrer handelt, vgl. BGH 18.5.2017 – I ZR 3/16, GRUR 2017, 743, 745.

[29] Die Monopolkommission spricht sich sogar für eine vollständige Streichung des Verbots aus, vgl. *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 237.

[30] *Deregulierungskommission,* Marktöffnung und Wettbewerb (Fn. 7) Tz. 208 (unter Verweis auf die Praxis der Hamburger Verwaltung).

[31] § 2 PBZugV verlangt, dass das Eigenkapital und die Reserven des Unternehmens je eingesetztem Fahrzeug nicht weniger betragen als ein Viertel der in Art. 7(1) Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1071/2009 genannten Beträge. Diese Verordnung legt für den Beruf

Die Anforderungen sind also deutlich abgesenkt worden. Eine weitere Liberalisierung des Marktes wäre dennoch möglich, allerdings sollte man nicht aus dem Blick verlieren, dass die Gegner einer Marktöffnung stets darauf verweisen, dass diese zu Lasten der Fahrer gehe, da ein erhöhter Wettbewerbsdruck Unternehmer etwa dazu verleite, Sozialstandards zu unterlaufen.[32] Gleichzeitig ist allgemein anerkannt, dass es Hamburg geschafft hat, das Kontingentierungssystem aufzugeben, ohne dass in erhöhtem Maße Missstände auftreten.[33] Hierfür sorgt u.a. eine gewisse Plausibilitätsprüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Antragsteller im Genehmigungsverfahren, auf Grund derer Unternehmen, die offensichtlich kein tragendes Geschäftsmodell aufweisen, keine Genehmigung erhalten.[34] Die Mindestkapitalisierung, die Unternehmern die Einhaltung gesetzlicher Pflichten auch in wirtschaftlich schwierigen Phasen erleichtert, ist ein Element dieser Kontrolle. Vor dem Hintergrund, dass heute nur eine maßvolle Eigenkapitalausstattung verlangt wird und diese Anforderung dabei hilft, das System der Kontingentierung zu überwinden, sollte daher vorläufig an § 13 Abs. 1 PBefG, § 2 PBZugV festgehalten werden.

c) Deregulierungspotenzial II: Preiswettbewerb

In Deutschland ist Preiswettbewerb im Taxiverkehr lediglich über die Grenze des Pflichtfahrbereichs hinaus möglich. Diese Fahrten machen aber nur einen sehr geringen Anteil des Gesamtmarkts aus. Innerhalb des Pflichtfahrbereichs ist der Preiswettbewerb durch die strenge Tarifbindung vollständig ausgeschlossen. Unter Zugrundelegung der oben dargelegten Beurteilungsmaßstäbe besteht allerdings durchaus Raum für Deregulierungsmaßnahmen. Schon die Deregulierungskommission hat gefordert, lediglich Höchstpreise in den Taxiordnungen festzusetzen,[35] freilich ohne sich damit durchzusetzen. Da sich die Marktverhältnisse seither durch die starke Verbreitung von Mietwagenunternehmen gewandelt haben und zudem die Informationstechnologie große Fortschritte gemacht hat, ist die Monopolkommission in ihrem XX. Hauptgut-

---

des Kraftverkehrsunternehmers ein Eigenkapital in Höhe von zumindest 9.000 € für das erste Fahrzeug und 5.000 € für jedes weitere Fahrzeug fest.

[32] Vgl. etwa das Positionspapier des Deutschen Taxi- und Mietwagenverbandes zu einer Reform des PBefG, sub 2. (unter Verweis auf die Liberalisierung des Berliner Taximarktes), abrufbar unter <http://www.bzp.org/_doc/Positionspapier_PBefG_BZP_-_Berlin_22-03-17.pdf>.

[33] Vgl. nur Positionspapier des Deutschen Taxi- und Mietwagenverbandes (Fn. 32) sub 2.

[34] Sog. „Hamburger Modell", vgl. *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 236. Vgl. zu einer ähnlichen Praxis in Lübeck: Taxi heute vom 5.10.2010, abrufbar unter <http://www.taxi-heute.de/Taxi-News/News/8550/Luebeck-verschaerft-die-Konzessionsvergabe>.

[35] *Deregulierungskommission,* Marktöffnung und Wettbewerb (Fn. 7) Tz. 209 und Vorschlag 31.

achten noch einen Schritt weitergegangen. Sie fordert – nach einer Übergangsfrist mit Höchstpreisen – für das Marktsegment der Funktaxis die vollständige Preisfreigabe. Gleiches empfiehlt die Kommission auch für andere Marktsegmente des Taximarktes (Taxistände, „Heranwinken am Straßenrand"), sofern eine hinreichende Markttransparenz gewährleistet ist, etwa durch neue Informationstechnologien („Apps").[36] Bei vollständig freier Preisgestaltung könnten – so die Monopolkommission – sogar Betriebs- und Beförderungspflicht wegfallen, da eine ausreichende Versorgung der Kunden zu marktgerechten Preisen durch den Wettbewerb zu erwarten stehe.[37]

Die geltende Preisregulierung wird vor allem mit dem Schutz der Kunden gerechtfertigt, die oftmals ortsfremd seien und daher häufig hohe Informationskosten hätten, ehe sie Preise sachgerecht aushandeln könnten. Zudem bestünde die Gefahr, dass Kunden übervorteilt würden, etwa bei Angebotsengpässen. Daneben wird die Preisregulierung mit der Einbettung des Taxigewerbes in den ÖPNV gerechtfertigt und gewissermaßen als Gegenstück zur Betriebs- und Beförderungspflicht betrachtet. Diese Pflichten verursachten Taxiunternehmern Kosten, die ein Stück weit durch die Preisregulierung ausgeglichen werden müssten.[38]

Keiner dieser Gründe vermag allerdings einen vollständigen Ausschluss der Preissetzungsfreiheit zu rechtfertigen. Zwar ist richtig, dass Informationsasymmetrien im Markt bestehen, die sich zu Lasten der Kunden auswirken können. Wie die Monopolkommission herausgearbeitet hat, besteht diese Gefahr allerdings nicht in allen Marktsegmenten gleichermaßen.[39] Das Eruieren und Vergleichen der Preise ist bei Taxis, die im Straßenverkehr herangewunken werden, oftmals schon aus praktischen Gründen schwierig und dürfte viel Zeit in Anspruch nehmen. Praktische Probleme drohen auch bei Taxis, die sich an Taxiständen bereithalten, zumindest wenn der erste Wagen in der Reihe zu nehmen ist, was etwa an Flughäfen oftmals aus verkehrstechnischen Gründen geboten ist. An Taxiständen in weniger befahrenen Gebieten oder zu Randzeiten wartet oftmals auch nur ein Taxi, so dass ein Preiswettbewerb ohnehin nicht möglich ist, wenn der Kunde nicht sehr lange warten möchte oder über die Möglichkeit verfügt, ein Funktaxi zu rufen, das innerhalb eines überschaubaren Zeitraums auch eintrifft. Derzeit sehe ich nicht, dass in diesen beiden Marktsegmenten flächendeckend ein Preis- und Qualitätsvergleich bspw. über Smartphone-Apps in einer Art und Weise möglich ist, der eine vollständige Preisfreigabe erfolgversprechend erscheinen ließe. Darüber

---

[36] *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 241.

[37] *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 244.

[38] Zum Ganzen *Deutscher Industrie- und Handelskammertag,* Stellungnahme zur Wettbewerbssituation auf den Taximärkten vom 15.4.2014, S. 4, abrufbar unter <https://www.dihk.de/branchen/verkehr/verkehrspolitik/taxis>.

[39] *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 204 f. (auch zum Folgenden).

hinaus müssten ggf. Sonderlösungen für Verkehrspunkte mit besonderer Infrastruktur gefunden werden, etwa für Flughäfen, sofern andernfalls die Aufnahme von Taxigästen nicht sinnvoll organisiert werden kann.[40] *Summa summarum* erscheinen mir daher derzeit für diese Segmente noch immer Höchstpreise sinnvoller, die einerseits Kunden schützen und andererseits Taxis gestatten, ggf. bestehende Kostenvorteile an die Kunden weiterzugeben oder z.B. im Interesse der Kundenakquise oder Kundenpflege Rabatte zu geben. Innerhalb dieser Segmente könnte dann auch die Betriebs- und Beförderungspflicht fortbestehen.

Anders liegen die Dinge bei Funktaxen, deren Konditionen durch einen Anruf bzw. über das Internet relativ leicht in Erfahrung gebracht werden können (selbst von Ortsfremden, sofern sie Deutsch sprechen), zumindest wenn alle Taxis dieser Unternehmen bzw. Genossenschaften für bestimmte Leistungen gleichförmige Preise verlangen. In Ballungszentren mit hoher Nachfrage nach Verkehrsleistungen ist eine Preisfreigabe daher gut denkbar, wenn zugleich der Marktzugang erleichtert wird. Diese Maßnahme würde dazu beitragen, dass sich ein differenziertes Angebot herausbilden kann, wie sonst im Wettbewerb auch. Für die Beförderung in einer Limousine mit gehobener Ausstattung wäre dann mehr zu zahlen als für die Beförderung in einem Kleinwagen ohne besonderen Komfort. Zwingende Gründe dafür, den Preiswettbewerb in ganz Deutschland zu untersagen, gibt es nicht.[41] Dass Kunden durch eine Preisfreigabe in übergroßem Maße übervorteilt würden, ist nicht ausgemacht. Wer regelmäßig von seiner Wohnung oder seinem Büro zum Flughafen oder Bahnhof fährt, kennt nach einigen Fahrten die Preisspanne, die üblicherweise zu zahlen ist. Darüber hinaus werden sich zumindest in größeren Städten Unternehmen bzw. Genossenschaften herausbilden, die sich im Laufe der Zeit eine gewisse Reputation für „günstige Preise" oder „gute Qualität" erarbeiten, so dass Ortsansässigen die Auswahl des Taxis erleichtert wird.[42] Ortsfremde Personen (Touristen, Geschäftsreisende) verfügen zwar nicht über dieses Sonderwissen, es ist aber zu bedenken, dass sie eine Reihe von Fahrten über ihr Hotel, den lokalen Geschäftspartner oder eine Taxi-App bestellen werden. Die Hotelangestellten und der Geschäftspartner kennen aber den lokalen Taximarkt und werden üblicherweise keine Taxiunternehmen mit Aufträgen bedenken, die in der Vergangenheit ihre Gäste bzw. Geschäfts-

---

[40] Dies belegen auch die Erfahrungen in den USA. Dort haben einige Städte im Nachgang zu Deregulierungsmaßnahmen besondere Vorschriften für Flughafenbeförderungen erlassen, s. United States, in: OECD Roundtable Taxi Services: Competition and Regulation (2007) 199–205, 204, abrufbar unter <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41472612.pdf>.

[41] Näher dazu *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 241 ff.

[42] *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 243 (bezogen auf den Qualitätswettbewerb).

partner übervorteilt haben, und Taxi-Apps können Missbräuche durch ein Bewertungssystem erschweren. Da eine vollständige Preisfreigabe allerdings bei Unternehmern und Kunden ein starkes Umdenken erfordert, ist es richtig, diesen Schritt durch längere Übergangsfristen mit Höchstpreisen vorzubereiten, wie es die Monopolkommission vorgeschlagen hat.[43]

Darüber hinaus muss überlegt werden, ob besondere Marktverhältnisse etwa im ländlichen Raum eine andere Preisregulierung erfordern als in Ballungszentren. Die gleiche Frage stellt sich für die Beibehaltung der Betriebs- oder Beförderungspflicht. Hier sind Lösungen notwendig, die den regionalen Besonderheiten der Infrastruktur gerecht werden. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass in vielen ländlichen Regionen bereits jetzt der Taxiverkehr praktisch zum Erliegen gekommen ist und Unternehmer auf Mietwagen umgestiegen sind, für die Tarif- und Betriebspflicht nicht gelten. Ganz offenbar kann der geltende Ordnungsrahmen die mit ihm angestrebte Grundversorgung[44] somit nicht sicherstellen und sollte daher überdacht werden.[45] Auf jeden Fall darf der Verweis auf den ländlichen Raum nicht als Ausrede dafür dienen, auch die Ankurbelung des Preiswettbewerbs in Ballungszentren zu unterlassen.

3. Fazit

Rund 25 Jahre nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts der Deregulierungskommission sind die Deregulierungspotenziale auf dem Taximarkt bei weitem noch nicht ausgeschöpft, wenngleich sich die Wettbewerbssituation seither zumindest in einigen Städten etwas verbessert hat. Neue Herausforderungen warten zudem am Horizont, da die Vermittlung von Beförderungsleistungen über Smartphone-Apps zunimmt und zu überlegen ist, inwieweit das Modell der „shared economy“ breiter in das Angebot an Beförderungsleistungen integriert werden kann.[46] Der Vorstoß von Uber, mit Gewalt ein neues Beförderungsmodell jenseits von Taxen und Mietwagen in Deutschland zu etablieren, ist zwar vorerst am geltenden Recht gescheitert,[47] doch ist der Diskussion über eine weitere Öffnung des Verkehrsmarkts damit nicht der Boden entzogen worden.

---

[43] *Monopolkommission,* Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte (Fn. 22) Tz. 247 (Übergangsfrist von drei Jahren).

[44] Vgl. insb. die Stellungnahme der Bundesregierung zum XX. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT-Drucks. 18/4721 vom 22.4.2015, Tz. 31.

[45] *Monopolkommission,* Wettbewerb 2016 (Fn. 26) Tz. 1268 mit Verweis auf eine Schätzung, nach der auf rund 10 % der Fläche Deutschlands der Taxiverkehr nicht mehr wirtschaftlich sei und daher Unternehmen Beförderungen in Mietwagen anböten.

[46] Näher dazu *Monopolkommission,* Wettbewerb 2016 (Fn. 26) Tz. 1242 ff.; *König,* BB 2015, 1095 ff.

[47] Der Dienst „UberPOP“, bei dem u.a. Privatfahrer Personen mit ihren eigenen Kraftfahrzeugen zu einem Preis oberhalb der reinen Fahrkosten beförderten, wurde nach ent-

III. Außerwettbewerbliche Erwägungen in der Fusionskontrolle

1. Allgemeines

Oftmals versucht die öffentliche Hand, durch den Schutz bestimmter Industrien oder einzelner Unternehmen wohlfahrtsökonomische Vorteile für die Gesellschaft zu generieren. Diese Form der Protektion kann in verschiedenen Gewändern daherkommen. Wurden früher etwa Kartelle in großem Umfang für sinnvoll erachtet, damit heimische Wirtschaftsverbünde mit großen ausländischen Anbietern konkurrieren konnten,[48] kann heute die Fusionskontrolle ein Einfallstor für solche Argumente sein. *Jürgen Basedow* hat seit jeher davor gewarnt, das Wettbewerbsprinzip leichtfertig zu durchbrechen: „[D]as Streben nach Weltgeltung deutscher Unternehmen [dient] oft genug als Rechtfertigung für staatliche Eingriffe, die den Wettbewerb tendenziell eher behindern. Weit verbreitet ist offenbar der Glaube, dass die nationale Protektion und nicht die Konkurrenz im eigenen Haus den *global player* fit für den Weltmarkt macht", schrieb er im Vorwort zu „Mehr Freiheit wagen".[49]

Diese Mahnung ist auch auf die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Erwägungen in Verfahren der Ministererlaubnis gemünzt, mit denen sich *Jürgen Basedow* während seiner Zeit als Mitglied der Monopolkommission (2000–2008) mehrfach zu befassen hatte. Die Einsetzung dieser Kommission

---

sprechenden Niederlagen vor Gericht (OVG Hamburg 24.9.2014 – 3 Bs 175/14, BeckRS 2014, 56791; OLG Frankfurt a.M. 9.6.2016 – 6 U 73/15, BeckRS 2016, 12645) eingestellt. Heute ist Uber, das in Europa über eine niederländische Gesellschaft aktiv ist, in Deutschland noch mit verschiedenen anderen Diensten („UberTAXI", „UberX", „UberVAN" und „UberBLACK") in einigen Städten aktiv, doch wurde das Geschäftsmodell an die Regelungen des geltenden Rechts angepasst, so dass über diese Dienste mittlerweile allein Fahrten von „klassischen" Taxi- bzw. Mietwagenunternehmern gebucht werden können. Die zunächst erfolgte Vorlage des BGH (18.5.2017 – I ZR 3/16, GRUR 2017, 743) an den EuGH (Rs. C-371/17) zur Frage, ob Uber mit „UberBLACK" eine Verkehrsdienstleistung anbietet, betraf ein Angebot, das mittlerweile nur noch in modifizierter Form erhältlich ist, vgl. *Urs Kramer,* Legal Tribune Online vom 19.5.2017, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-azizr316-uber-black-dienstleistungsfreiheit-wettbewerbswidrig-befoerderung-personen-eugh/>. Nachdem der EuGH in einem Vorlageverfahren aus Spanien bejaht hatte, dass Vermittlungs-Dienste eine Verkehrsdienstleistung anbieten, wenn sie gegen Entgelt mittels einer „App" eine Verbindung zwischen Fahrgästen und nicht berufsmäßigen Fahrern herstellen, die ihr eigenes Fahrzeug benutzen (EuGH 20.12.2017 – Rs. C-434/15 [*Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain*], ECLI:EU:C:2017:98), konnte der BGH seine Vorlagefrage allerdings zurückziehen.

[48] Zur Debatte in Deutschland zum Anfang des 20. Jahrhunderts *Wolfgang Wurmnest,* Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch: eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen² (Tübingen 2012) 51 f. m.w.N.

[49] *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen (Fn. 1) V.

geht zurück auf die Regierungserklärung Willy Brandts vom 28.10.1969, in der dieser unter dem Leitmotiv „Wir wollen mehr Demokratie wagen" auch eine Modernisierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ankündigte, um einer Vermachtung von Märkten besser entgegentreten zu können.[50] In der Folge wurde mit der Zweiten GWB-Novelle von 1973 ein Fusionskontrollregime eingeführt und die Monopolkommission ins Leben gerufen.[51] Das Fusionskontrollverfahren wurde zweistufig ausgestaltet: Zunächst hat das Bundeskartellamt den Sachverhalt zu ermitteln und die Fusion unter wettbewerblichen Aspekten zu prüfen. Wird der Zusammenschluss aus wettbewerblichen Gründen untersagt, kann der Bundeswirtschaftsminister bzw. die Bundeswirtschaftsministerin anschließend den Zusammenschluss nach § 42 Abs. 1 GWB a.F./n.F. auf Antrag der Unternehmen gleichwohl erlauben, „wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist". Seit der Vierten GWB-Novelle von 1980 ist die Monopolkommission an diesem Verfahren zwingend durch Stellungnahme zu beteiligen (§ 42 Abs. 4 Satz 2 GWB a.F. / § 42 Abs. 5 Satz 1 GWB n.F.). Sie fungiert dabei als „eine Art ‚Rationalitätspuffer' [, da sie insbesondere klärt,] ob der Zusammenschluss überhaupt geeignet ist, die geltend gemachten außerwettbewerblichen Ziele zu fördern und ob es nicht vielleicht auch alternative Wege zu diesen Zielen gibt, die den Wettbewerb weniger beschränken als der Zusammenschluss."[52]

Wenngleich Verfahren der Ministererlaubnis eher selten sind, musste die Monopolkommission während *Jürgen Basedows* Mitgliedschaft immerhin fünf Gutachten erstellen, von denen lediglich eines eine Ministererlaubnis befürwortete, die dann auch erteilt wurde. In den vier anderen Fällen folgte der jeweilige Minister zweimal der Empfehlung der Monopolkommission, ein Antrag wurde zurückgezogen, und im Verfahren E.ON/Ruhrgas setzte sich der Minister über die Empfehlung der Monopolkommission hinweg.[53] Dieses Verfahren gab Anlass zu einer kontroversen Debatte um den Sinn und die Ausgestaltung der Ministererlaubnis als „Zwitter zwischen Politik und

---

[50] *Willy Brandt,* Regierungserklärung vor dem Deutschen Bundestag am 28. Oktober 1969, hrsg. von Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (Bonn 1969) 10 f.

[51] Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Friederike Mattes,* Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle: Entstehungsgeschichte und kritische Auseinandersetzung (München 2004) 37 ff.

[52] *Jürgen Basedow,* Alternativen der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung: Ministererlaubnis oder einheitliches Verfahren?, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen, hrsg. von Monopolkommission (Baden-Baden 2015) 57–58, 58.

[53] Siehe die Übersicht des BMWi, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Wettbewerbspolitik/antraege-auf-ministererlaubnis.pdf?__blob=publicationFile&v=5>. Aus dieser Übersicht ergibt sich ferner, dass im Zeitraum von 1974 bis 2017 insgesamt 22 Anträge auf Erteilung einer Ministererlaubnis gestellt wurden.

Wirtschaftsrecht",[54] die später weitere Nahrung durch das Verfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann erhielt und schließlich den Gesetzgeber veranlassen sollte, die Ministererlaubnis in der Neunten GWB-Novelle zu reformieren. Bevor die wichtigsten Achsen dieser Nachjustierung mit Blick auf den Schutz des Wettbewerbs gewürdigt werden, soll ein kurzer Blick auf die Begleitumstände der beiden vorgenannten Verfahren erfolgen.

2. *Zwei juristische Paukenschläge*

a) *E.ON/Ruhrgas und die Bananenrepublik Deutschland*

Der Zusammenschluss E.ON/Ruhrgas betraf den Strom- und Gasmarkt. Nach der Untersagung der Übernahme der Ruhrgas AG durch die E.ON AG[55] durch das Bundeskartellamt[56] beantragten die Unternehmen eine Ministererlaubnis, weil der Zusammenschluss der Versorgungssicherheit deutscher Kunden mit Energie diene. Die Monopolkommission sah keine Notwendigkeit, das Wettbewerbsprinzip zu durchbrechen,[57] gleichwohl wurde eine Ministererlaubnis erteilt, wenngleich unter Auflagen.[58] Da der damalige Minister Werner Müller als ehemaliger Manager einer E.ON-Vorgängergesellschaft befangen war, wurde die Fusion in Vertretung von seinem Staatssekretär Alfred Tacke durchgewunken. Die Erlaubnis wurde allerdings von Dritten, die durch den Zusammenschluss nachteilig betroffen waren, vor dem OLG Düsseldorf angegriffen. Das Gericht gab deren Anträgen auf aufschiebende Wirkung statt, da es auf Grund der Verfahrensführung ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Ministererlaubnis hatte. Es rügte, dass der Staatssekretär in der öffentlichen mündlichen Verhandlung über die Erlaubniserteilung nicht persönlich anwesend war, obgleich diese Verhandlung der Vorbereitung seiner

---

[54] *Rupprecht Podszun/Stephan Kreifels,* Ministererlaubnis und Verfahrensrecht, in: Die 9. GWB-Novelle, hrsg. von Christian Kersting/Rupprecht Podszun (München 2017) Kap. 14 Rn. 57.

[55] Die Übernahme sollte maßgeblich durch den Erwerb von Anteilen an der Gelsenberg AG und der Bergemann GmbH erfolgen.

[56] BKartA 17.1.2002 – B8-40000-U-109/01 – Gelsenberg, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2002/B8-109-01.pdf?__blob=publicationFile&v=3>; BKartA 26.2.2002 – B8-40000-U-149/01> – Bergemann, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2002/B8-149-01.pdf?__blob=publicationFile&v=3>.

[57] *Monopolkommission,* Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Sondergutachten 34 (Baden-Baden 2002) Tz. 236. Diese Entscheidung fiel mit 4:1 Stimmen, da das Kommissionsmitglied Winfried Haastert dem Vorhaben attestierte, einen bedeutenden Beitrag zur Sicherung der deutschen Erdgasversorgung zu leisten, und daher eine Ministererlaubnis befürwortete, vgl. ebd., Tz. 248.

[58] Bundesminister für Wirtschaft und Technologie 5.7.2002 – I B 1 – 22 08 40/129, WuW/E DE-V, 573 ff. – E.ON/Ruhrgas.

Entscheidung diente (Verletzung von § 56 Abs. 3 Satz 1, 3 GWB a.F./n.F.), und nicht alle Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör erhalten hatten (Verletzung von § 56 Abs. 3 Satz 3 GWB a.F./n.F.).[59] Zur Heilung der Verfahrensfehler setzte das Bundeswirtschaftsministerium eine zweite mündliche Verhandlung an,[60] nach der die Ministererlaubnis mit verschärften Auflagen erneut erteilt wurde.[61] Das OLG Düsseldorf lehnte jedoch eine Heilung der Verfahrensmängel gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG ab.[62] In der Folge einigte sich E.ON mit den Beschwerdeführern außergerichtlich, so dass diese ihre Beschwerden zurücknahmen und die Ministererlaubnis bestandskräftig wurde.[63]

Einige Zeit später gab Alfred Tacke sein Amt als Staatssekretär auf und wechselte später zum Stromversorger STEAG. Mit Blick auf die hierdurch entstehende Besorgnis der Befangenheit mahnte *Jürgen Basedow* auf dem Colloquium zur Feier des 30-jährigen Bestehens der Monopolkommission: „Wenn die betreffenden Amtsträger [nach Erteilung einer Ministererlaubnis …] in Vorstände von Gesellschaften wechseln, die unter dem Einfluss der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen stehen, stellt die Presse nicht ohne Grund die Frage, wie weit wir eigentlich noch von einer Bananenrepublik entfernt sind.“[64]

b) Edeka/Kaiser’s Tengelmann

Eine außergerichtliche Einigung brachte auch das Verfahren Edeka/Kaiser’s Tengelmann zum Abschluss. Nach Untersagung der Übernahme des Kaiser’s

---

[59] OLG Düsseldorf 11.7.2002 – Kart 25/02 (V), WuW/E DE-R, 885, 887 ff. – E.ON/Ruhrgas.

[60] Die Monopolkommission erstellte deshalb ein ergänzendes Sondergutachten, in dem sie an ihrer Ablehnung festhielt, vgl. *Monopolkommission,* Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH, Sondergutachten Nr. 35 (Baden-Baden 2002). Dieses Gutachten wurde von vier Mitgliedern erstellt, nachdem die Amtszeit von Winfried Haastert im Juni 2002 ausgelaufen war.

[61] Bundesminister für Wirtschaft und Technologie 18.9.2002 – I B 1 – 22 08 40/129, WuW/E DE-V, 643 ff. – E.ON/Ruhrgas.

[62] OLG Düsseldorf 16.12.2002 – Kart 25/02 (V), NJOZ 2003, 546 – E.ON/Ruhrgas.

[63] Es wird berichtet, dass die Fortum AG ihre Beschwerde nur wenige Stunden vor Verkündung des Beschlusses des OLG Düsseldorf zur Hauptsache zurückgezogen hat. An diesem Unternehmen war der finnische Staat beteiligt und das deutsche Kanzleramt und Außenministerium hatten offenbar finnische Stellen dazu bewogen, auf den Beschwerdeführer einzuwirken, siehe den Diskussionsbeitrag von *Wernhard Möschel,* in: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik (Fn. 5) 106–108, 107 f.

[64] *Jürgen Basedow,* Eröffnung: 30 Jahre Monopolkommission, in: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik (Fn. 5) 5–9, 7. Diese Bemerkung veranlasste Staatssekretär Georg Wilhelm Adamowitsch dazu, die Veranstaltung unmittelbar nach seiner Begrüßungsansprache zu verlassen, in der er sich gegen die Kritik verwahrte und zudem das Aufpäppeln nationaler Champions mit Verve verteidigte, s. *ders.*, Begrüßung, in: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik (Fn. 5) 11–18, 11 ff.

Tengelmann-Filialnetzes durch Edeka Ende März 2015[65] erteilte Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel entgegen dem (einstimmigen) Votum der Monopolkommission[66] im März 2016 die Erlaubnis zum Vollzug der Fusion mit Nebenbestimmungen vornehmlich im Interesse der Sicherung von Arbeitsplätzen,[67] woraufhin der Vorsitzende der Monopolkommission Daniel Zimmer sein Amt niederlegte.[68] Wiederum zogen vom Zusammenschluss betroffene Dritte (Rewe, Markant, Norma) vor das OLG Düsseldorf, das ihren Anträgen auf aufschiebende Wirkung der Beschwerden gegen die Ministererlaubnis stattgab. Die Zweifel an der Rechtmäßigkeit begründete das Gericht maßgeblich mit der intransparenten Verfahrensführung des Ministers.[69] Wieder schlossen sich außergerichtliche Verhandlungen über Ausgleichsgeschäfte an (u.a. verpflichtete sich Edeka, einige Filialen an Rewe weiterzuveräußern), die zur Rücknahme der Beschwerden führten, so dass die Ministererlaubnis im Dezember 2016 bestandskräftig wurde.[70]

3. Die Reform der Ministererlaubnis

Die juristischen Auseinandersetzungen im Nachgang zu diesen beiden Verfahren sowie der Umstand, dass gerade das letzte Verfahren einen sehr langen Zeitraum beanspruchte, brachten den Gesetzgeber dazu, die Ministererlaubnis zu reformieren. Ein Blick auf die wichtigsten Neuerungen der Reform[71] ergibt, dass sie den Schutz des Wettbewerbs nur zum Teil stärkt.

---

[65] BKartA 31.3.2015 – B2-96/14 – Edeka/Kaiser's Tengelmann, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2015/B2-96-14.pdf?__blob=publicationFile&v=3>.

[66] *Monopolkommission,* Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH, Sondergutachten Nr. 70 (Baden-Baden 2015) Tz. 225 ff.

[67] Bundesministerium für Wirtschaft und Energie 9.3.2016 – I B 2 – 22 08 50/01,WuW 2016, 255 – EDEKA/Kaiser's Tengelmann.

[68] Vgl. die Erklärung von *Daniel Zimmer,* WuW 2016, 262–263.

[69] OLG Düsseldorf 12.7.2016 – VI-Kart 3/16 (V), WM 2016, 1506 ff. – Edeka/Kaiser's Tengelmann.

[70] Vgl. Pressemitteilung des Bundeswirtschaftsministeriums vom 8.12.2016, WuW 2017, 50.

[71] Neben den hier besprochenen Änderungen wurde klargestellt, dass die Ministererlaubnis als Verwaltungsverfahren ausgestaltet ist (§ 54 Abs. 1 Satz 3 GWB n.F.). Ferner soll das Bundeswirtschaftsministerium Leitlinien zur Durchführung des Verfahrens erlassen, um ein transparentes Verfahren sicherzustellen (§ 42 Abs. 6 GWB n.F.) und bei Zusammenschlüssen, die den Bereich der bundesweiten Verbreitung von Fernsehprogrammen durch private Veranstalter betreffen, muss vor der Entscheidung des Ministers eine Stellungnahme der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich eingeholt werden (§ 42 Abs. 5 Satz 2 GWB n.F.).

a) Beibehaltung der tradierten Grundstruktur

Dass die Ministererlaubnis beibehalten wurde, ist grundsätzlich zu begrüßen. Der immer wieder erschallende Ruf nach Abschaffung dieses Instruments[72] vermag nicht zu überzeugen, wenn man von der Prämisse ausgeht, dass sich außerwettbewerbsrechtliche Erwägungen niemals vollständig aus Entscheidungen über Zusammenschlussvorhaben heraushalten lassen. Zwar ist richtig, dass Gemeinwohlaspekte nur in ganz engen Ausnahmefällen dazu führen dürfen, unter Durchbrechung des Wettbewerbsgrundsatzes einen Zusammenschluss zu gestatten. Richtig ist auch, dass in der Vergangenheit viele der Gründe, die Wirtschaftsminister dazu bewogen, eine Erlaubnis zu erteilen, besser durch die Beibehaltung wettbewerblicher Strukturen gefördert worden wären als durch das Plazet der Vermachtung von Märkten,[73] und dass viele Erlaubnisentscheidungen aus heutiger Sicht als ökonomisches Desaster gelten.[74]

Es ist aber nicht auszuschließen, dass in ganz besonderen Falllagen Gemeinwohlerwägungen wie die nationale Sicherheit oder der Erhalt eines Universitätsklinikums ausnahmsweise Vorrang vor dem Wettbewerbsprinzip beanspruchen können.[75] Rechtsvergleichend lassen daher viele Jurisdiktionen solche außerwettbewerblichen Erwägungen zu,[76] die auch dem EU-Recht (in verdeckter Form) nicht unbekannt sind.[77] Geht man davon aus, dass in engen Grenzen eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips gestattet sein muss, so kann eine Abschaffung der Ministererlaubnis nur überzeugen, wenn ein einstufiges Modell besser wäre, bei dem eine Behörde oder ein Ministerium sowohl die wettbewerblichen als auch die außerwettbewerblichen Aspekte prüft und gegeneinander abwägt.[78] Dies ist meines Erachtens aber nicht der Fall.

---

[72] *Rupprecht Podszun,* Die Ministererlaubnis – Einbruch der Politik ins Recht der Wirtschaft, NJW 2016, 617–619, 617 ff.; vgl. auch *Franz Jürgen Säcker,* Rechtliche Grenzen der Ministererlaubnis am Fusionsfall EDEKA/KT, BB 2016, 1859–1863, 1863.

[73] *Florian Bien,* Die Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Aspekte in der Fusionskontrolle – Gibt es Alternativen zur Ministererlaubnis?, NZKart 2016, 445–446, 445.

[74] Vgl. die Übersicht bei *Podszun,* NJW 2016, 617, 618 f. Diese Kritik wird zum Großteil vom Bundeswirtschaftsministerium geteilt, vgl. Erfahrungsbericht des Bundeswirtschaftsministeriums über Ministererlaubnis-Verfahren bei Firmen-Fusionen, WuW 1992, 925–932, 927 ff.

[75] *Bien,* NZKart 2016, 445; allg. auch *Ulrich Schwalbe,* Fusionskontrolle und Industriepolitik, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen (Fn. 52) 48–56, 55.

[76] *Stefan Thomas,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht[5] (München 2014) Art. 42 GWB Rn. 12; *Tilman Kuhn,* in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Loseblatt, Köln, Stand: September 2014) § 42 GWB Rn. 1 Fn. 1.

[77] *Frank Montag,* Außerwettbewerbliche Aspekte bei Fusionskontrollentscheidungen nach dem GWB und der europäischen FKVO, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen (Fn. 52) 43–47, 44 f.; weitere Beispiele bei *Bien,* NZKart 2016, 445, 446.

[78] Einstufige Modelle, bei denen eine Behörde entscheidet, finden sich etwa in China oder Südafrika. In manchen Staaten, etwa Kanada, kann der Minister unmittelbar Fälle an

Gegen die Verlagerung des gesamten Verfahrens auf den Minister spricht, dass damit die Einheit von Kartell-, Missbrauchs- und Fusionskontrollrecht durchbrochen würde.[79] Demgegenüber spricht gegen die Ermächtigung des Bundeskartellamts, Erwägungen des Gemeinwohls bei der Fusionskontrolle zu berücksichtigen, dass hierdurch Transparenz verloren gehen könnte.[80] Dass das zweistufige Verfahren besonderen Druck auf die vorgeschaltete Behörde erzeugt, in gewissermaßen vorauseilendem Gehorsam Zusammenschlüsse freizugeben, wie bisweilen vorgebracht wird,[81] vermag zumindest für das Bundeskartellamt nicht zu überzeugen, dessen Untersagungspraxis in den letzten Jahren deutlich gemacht hat, dass auch in politisch sensiblen Bereichen Untersagungsentscheidungen ergehen, wenn Vorhaben als wettbewerbsschädlich eingestuft werden. Naheliegender ist, dass bei einer Abschaffung der Ministererlaubnis Versuche der politischen Einflussnahme auf das Kartellamt erheblich zunähmen, eine Entwicklung, die wenig begrüßenswert wäre.[82] Schließlich darf nicht übersehen werden, dass bei einem einstufigen Verfahren auch wenig Raum für den „Rationalitätspuffer“ Monopolkommission bliebe, dessen Sachkunde gerade bei politisch aufgeheizten Verfahren von großer Bedeutung für die öffentliche Diskussion ist.

Ist eine Abschaffung des zweistufigen Verfahrens nicht zu empfehlen, bleibt zu überlegen, ob man die Entscheidung über das Überwiegen der Gemeinwohlgründe nicht in andere Hände als die des Ministers legen sollte.[83] Im Gesetzgebungsverfahren zur Neunten GWB-Novelle wurden Vorschläge unterbreitet, die Ministererlaubnis in eine Parlamentserlaubnis umzuwandeln[84] oder den Bundestag zumindest stärker in die Entscheidungsfindung einzubinden.[85]

---

sich ziehen und entscheiden, vgl. den Überblick bei *Bien,* NZKart 2016, 445, 446 sowie die Länderberichte in: Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, hrsg. von Jörg Phillipp Terhechte (Bielefeld 2008). Rechtsvergleichend zu den Befugnissen von Ministern in Fusionskontrollverfahren *Ulrich Immenga,* Minister als Akteure der Fusionskontrolle, ZWeR 2015, 333–341.

[79] *Basedow,* Alternativen (Fn. 52) 58.

[80] Vgl. *Jürgen Basedow,* Die Ministererlaubnis muss bleiben, EuZW 2002, 417; *Meinrad Dreher,* Die Ministererlaubnis muss bleiben!, WuW 2002, 665.

[81] *Podszun,* NJW 2016, 617, 619 unter Verweis auf einen Vorfall von 1975, bei dem der damals amtierende Minister angedroht haben soll, binnen kürzester Zeit eine Ministererlaubnis zu erteilen, falls die Karstadt/Neckermann-Fusion nicht freigegeben würde, was das Bundeskartellamt veranlasst haben soll, von einer Untersagungsentscheidung abzusehen.

[82] *Basedow,* EuZW 2002, 417; *Bien,* NZKart 2016, 445, 446; *Dreher,* WuW 2002, 665; *Daniel Zimmer,* Schlusswort: Eine „Ministererlaubnis“ für Europa?, in: Politischer Einfluss auf Wettbewerbsentscheidungen (Fn. 52) 68–69, 68.

[83] Zu Vorschlägen anlässlich der Einführung der Fusionskontrolle *Wolfgang Kartte,* Fusionskontrolle, BB 1969, 1405–1408, 1408.

[84] So ein Antrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drucks. 18/10240 vom 9.11.2016.

[85] So ein Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der vorsah, dass der Bundeswirtschaftsminister bzw. die Ministerin den Bundestag über seine bzw. ihre beabsich-

Eine solche Verteilung der Entscheidungsbefugnis auf verschiedene Gremien bzw. Köpfe hätte den Vorteil, dass die Möglichkeiten der Einflussnahme der Unternehmen auf die Entscheidung erschwert würden.[86] Bedenkt man allerdings, dass das OLG Düsseldorf – wie oben erwähnt – zu Recht verlangt, dass ein Minister persönlich bei der mündlichen Anhörung anwesend sein muss, so müsste dieser Grundsatz auch für die zusätzlichen Entscheider gelten,[87] was eine zahlenmäßig starke Begrenzung der eingebundenen Personen unumgänglich machte, da andernfalls das Verfahren übermäßig in die Länge gezogen würde.[88] Dies macht es schwierig, eine solche Verbreiterung umzusetzen, zumal Personen mit einem gewissen wirtschaftspolitischen Sachverstand zur Entscheidung berufen sein sollten und auch eine gewisse Analysetiefe erforderlich ist.[89] Darüber hinaus sind wirtschaftspolitische Einzelfallentscheidungen typischerweise der Exekutive vorbehalten.[90] Daher war es richtig, von einer stärkeren Beteiligung des Bundestages abzusehen. Auch sehe ich keinen Vorteil für den Schutz des Wettbewerbs darin, dass etwa drei statt lediglich einem Minister entscheiden.

b) Straffung des Verfahrens durch Fristenregelungen

Im Grundsatz positiv zu bewerten ist auch die vom Gesetzgeber durch eine Modifizierung der Fristenregelungen angestrebte Straffung des Verfahrens, die als unmittelbare Reaktion auf die Edeka/Kaiser's Tengelmann-Fusion erfolgt ist. Dazu wurde die bisherige Regelung, nach der eine Entscheidung innerhalb von vier Monaten getroffen werden soll (§ 42 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F./n.F.), um zwei wichtige Regeln ergänzt. Zum einen muss – wenn die Entscheidung nicht innerhalb von vier Monaten ergeht – künftig aus Gründen der Transparenz[91] der Bundestag unverzüglich über die Ursachen hierfür in Kenntnis gesetzt werden (§ 42 Abs. 4 Satz 2 GWB n.F.). Dies kann die öffent-

---

tigte Entscheidung unterrichten sollte. Der Bundestag sollte dann die Möglichkeit erhalten, innerhalb einer bestimmten Frist ein Votum zur beabsichtigten Entscheidung abzugeben, von dem der Bundeswirtschaftsminister bzw. die Ministerin nur mit Zustimmung der Bundesregierung hätte abweichen dürfen. Der Text des Antrags ist wiedergegeben in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 18/11446 vom 8.3.2017, S. 16.

[86] *Bien,* NZKart 2016, 445, 446.

[87] *Bien,* NZKart 2016, 445, 446.

[88] *Jürgen Kühling/Achim Wambach,* Ministererlaubnisverfahren – Kein Anlass zu grundlegenden Reformen, WuW 2017, 1.

[89] Auf die letztgenannten Punkte weisen hin *Georg von Wangenheim/Michael Dose,* Die Ministererlaubnis im GWB als strategisches Instrument – Zur Verhandelbarkeit der gerichtlichen Kontrolle der Ministererlaubnis, WuW 2017, 182–189, 187.

[90] *Kühling/Wambach,* WuW 2017, 1.

[91] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 18/11446, S. 29.

liche Aufmerksamkeit und auch den politischen Druck auf den Minister erhöhen, etwa wenn das Parlament sich zu einer Stellungnahme entschließt und den Minister dazu auffordert, in eine bestimmte Richtung zu entscheiden.[92] Zum anderen gilt die Erlaubnis als verweigert, wenn die Verfügung nicht innerhalb von sechs Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags zugestellt wird (§ 42 Abs. 4 Satz 3 GWB n.F.). Bei der Festlegung dieser Höchstfrist hat sich der Gesetzgeber von der durchschnittlichen Verfahrensdauer in bisherigen Ministererlaubnisverfahren leiten lassen.[93] Diese Frist kann allerdings vom Ministerium auf Antrag der antragstellenden Unternehmen um bis zu zwei Monate verlängert werden (§ 42 Abs. 4 Satz 4 GWB n.F.). Damit wird sichergestellt, dass innerhalb von höchstens acht Monaten eine Entscheidung ergeht und die Erlaubnis nach Ablauf der Höchstfrist als endgültig verweigert gilt.

Das Fristenregime wirkt sich auch auf die Arbeit der Monopolkommission aus. Damit ihre Stellungnahme rechtzeitig vorliegt, wurde für deren Ausarbeitung eine Sollfrist von zwei Monaten eingeführt, die ab der Aufforderung durch das Ministerium läuft (§ 42 Abs. 5 Satz 3 GWB n.F.) und von der nur „aus wichtigen Gründen abgewichen werden kann".[94] Bei komplexeren Verfahren hat die Monopolkommission, die bekanntlich noch andere Aufgaben hat und deren Mitglieder „hauptamtlich" anderen Tätigkeiten nachgehen, in der Vergangenheit allerdings oftmals drei bis vier Monate zur Ausarbeitung ihrer Stellungnahme benötigt.[95] Die Komplexität des Verfahrens sollte daher als wichtiger Grund angesehen werden, um der Kommission mehr Zeit einzuräumen. Gegebenenfalls sollte auch der Mitarbeiterapparat des „Rationalitätspuffers" verstärkt werden, damit dieser seine Aufgaben auch zukünftig fristgerecht erfüllen kann.

c) Stärkung der Rechte der Monopolkommission

Positiv zu bewerten ist auch die Aufwertung der Rolle der Monopolkommission im Verfahren. Die freie Konkurrenz hat bekanntlich schon im Allgemeinen „keine Lobby" (*Franz Böhm*), und bei den bisherigen öffentlichen mündlichen Verhandlungen über die Ministererlaubnis, bei der es immerhin um eine Durchbrechung des Wettbewerbsprinzips geht, saß die Monopolkommission nicht mit am Tisch. Das ändert sich nun, da § 56 Abs. 3 Satz 4 GWB n.F. vorschreibt, dass ihr in der mündlichen Verhandlung Gehör gewährt werden muss und sie ihre Stellungnahme erläutern darf. Will sich das Ministerium

---

[92] *Podszun/Kreifels,* Ministererlaubnis (Fn. 54) Kap. 14 Rn. 20.

[93] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 18/11446, S. 29.

[94] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 18/11446, S. 29.

[95] *Podszun/Kreifels,* Ministererlaubnis (Fn. 54) Kap. 14 Rn. 26 mit Nachw.

über ihr Votum hinwegsetzen, muss es sich zudem inhaltlich mit ihren Argumenten auseinandersetzen. Das Rederecht der Monopolkommission in der mündlichen Verhandlung soll sicherstellen, dass die für das Erlaubnisverfahren relevanten Aspekte in die öffentliche Verhandlung eingeführt werden.[96] Es wird aber auch die Grundlage dafür geschaffen, vom Minister oder anderen Beteiligten ins Spiel gebrachte Auflagen oder Nebenbestimmungen unter dem Aspekt des Wettbewerbsschutzes zu erörtern.[97] Zudem kann die Monopolkommission ihr Rederecht ggf. dazu nutzen, dem Minister einen Spiegel vorzuhalten, indem bei Vergleichbarkeit der Falllagen auf die nachteiligen Folgen von in der Vergangenheit gewährten Ministererlaubnissen hingewiesen wird.

d) Einschränkungen des Drittrechtsschutzes

Die bisher erläuterten Reformen stärken den Schutz von Freiheitsrechten. Ob die mit der Reform verfolgte Einschränkung der Beschwerdemöglichkeiten Dritter ebenfalls gut für den Wettbewerb ist, erscheint dagegen sehr fraglich. Gemäß § 63 Abs. 2 Satz 2 GWB n.F. können Dritte, also alle, die nicht Antragsteller sind – z.B. Konkurrenten, Abnehmer oder Zulieferer[98] – nur dann Beschwerde gegen die Ministererlaubnis erheben, wenn sie geltend machen können, durch die Verfügung in ihren Rechten verletzt zu sein. Die bloße Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Interessen soll dazu nicht genügen,[99] sondern es muss die Verletzung einer drittschützenden Norm dargetan werden.[100] Nach tradierter Lesart begründet daher etwa die alleinige Verletzung sog. „relativer Verfahrensvorschriften" keine Klagebefugnis, wenn nicht ausnahmsweise eine eigene Rechtsverletzung dargetan werden kann.[101]

Begründet wurde die Beschneidung des Drittrechtsschutzes, die erst zum Ende des Gesetzgebungsverfahrens Eingang in das Reformgesetz fand,[102] mit

---

[96] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 18/11446, S. 30.

[97] *Podszun/Kreifels,* Ministererlaubnis (Fn. 54) Kap. 14 Rn. 29.

[98] *Podszun/Kreifels,* Ministererlaubnis (Fn. 54) Kap. 14 Rn. 39.

[99] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 18/11446, S. 30

[100] *Ralf P. Schenke,* in: Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar[23] (München 2017) § 42 VwGO Rn. 81 ff.; *Thomas Schmidt-Kötters,* in: BeckOK VwGO (München, Stand: 1.7.2017) § 42 VwGO Rn. 143 ff.

[101] *Florian Huerkamp/Philipp Maack,* „Was erlaube Minister?!" – Der Beschluss des OLG Düsseldorf im Ministererlaubnisverfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann und die Auswirkungen der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 294–300, 299; *Podszun/Kreifels,* Ministererlaubnis (Fn. 54) Kap. 14 Rn. 48 f.

[102] Vorgeschlagen hatte diese Einschränkung *Rainer Bechtold,* Ministererlaubnis – ja, aber nicht so, NZKart 2016, 553–554, 553.

dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung.[103] Offenbar konnten sich hier die Bedenken durchsetzen, dass beigeladene Dritte mit ihrer Beschwerde gegen die Ministererlaubnis vornehmlich oder sogar ausschließlich wenig schützenswerte wirtschaftliche Eigeninteressen verfolgten, um „finanzielle oder sonstige Zugeständnisse von den unter Zeitdruck stehenden Fusionsparteien zu erpressen“[104] bzw. sich die Rücknahme der Beschwerde „vergolden [zu] lassen“.[105] Zugleich spielt diese Reform dem Ministerium in die Karten, da die juristischen Nachspiele in den Verfahren E.ON/Ruhrgas und Edeka/Kaiser's Tengelmann für große Aufmerksamkeit gesorgt hatten.

Es steht außer Frage, dass Absprachen in außergerichtlichen Verhandlungen über die Rücknahme von Beschwerden Dritter den Wettbewerb beschränken können. Allerdings verfügt das Bundeskartellamt über genügend Mittel, um dagegen auf Grundlage des geltenden Rechts vorzugehen. Aus diesem Grund bedarf es keiner Einschränkung des Beschwerderechts.[106] Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass solche Verhandlungen (relativ gesehen) auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben können. So hat das Bundeskartellamt im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung der Weiterveräußerung der Filialen von Edeka an Rewe attestiert, dass diese Transaktion im Vergleich zur Umsetzung der erteilten Ministererlaubnis „zu strukturellen Verbesserungen“ auf den betroffenen Märkten führt.[107] Viel entscheidender ist jedoch, dass Drittklagen der extensiven Anwendung der Erlaubnis Schranken ziehen können.[108] Eine massive Beschneidung des Drittschutzes stärkt zwar die Rechtssicherheit für die antragstellenden Unternehmen und auch für das Ministerium, kann aber zu Lasten des Wettbewerbs gehen, insbesondere dann, wenn die Einschränkung des Rechtsschutzes dazu führt, dass künftig die Erlaubnis deutlich leichtfertiger gewährt wird als bisher.[109]

Da die Gesetzesmaterialien allerdings keine Beispiele dafür nennen, bei welchen Verstößen Drittklagen verhindert werden sollen, in der Lehre verschiedene Ansätze zur Konkretisierung der Beschwerdebefugnis vertreten werden, die auch auf die Besonderheiten der Ministererlaubnis heruntergebrochen werden müssen,[110] und zudem auch die Grundrechtsdimension (durch die Ministererlaubnis können Dritte in ihrer Handlungs- und Berufs-

---

[103] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie, BT-Drucks. 18/11446, S. 30.

[104] *Bien,* NZKart 2016, 445, 446.

[105] *Bechtold,* NZKart 2016, 553.

[106] So auch die Einschätzung von *Kühling/Wambach,* WuW 2017, 1.

[107] Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 8.12.2016, WuW 2017, 50, 51.

[108] Für eine Stärkung des Rechtsschutzes durch die Einbindung der Monopolkommission plädieren daher *von Wangenheim/Dose,* WuW 2017, 182, 188.

[109] So eine Befürchtung von *Huerkamp/Maack,* NZKart 2017, 294, 299.

[110] Überblick bei *Podszun/Kreifels,* Ministererlaubnis (Fn. 54) Kap. 14 Rn. 42 ff.

freiheit ggf. massiv beschränkt werden) berücksichtigt werden muss,[111] ist noch nicht endgültig entschieden, in welchem Umfang die Reform Drittklagen ausschaltet.

4. *Fazit*

Jürgen Basedows Mahnung gegen die vorschnelle Berücksichtigung außerwettbewerblicher Erwägungen in Ministererlaubnisverfahren ist nach wie vor aktuell. Wenngleich bei Zusammenschlüssen oftmals der Ruf nach Übertrumpfung des Wettbewerbsprinzips laut wird, um vermeintliche Interessen des Allgemeinwohls bedienen zu können, ist dieser Schritt nur in eng umrissenen Ausnahmefällen sinnvoll. Zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit bedarf es daher einer gewissen rechtlichen Einhegung des Ministeriums, um die Ausnahme nicht zu Regel zur machen. Vor diesem Hintergrund überzeugen die in der Neunten GWB-Novelle beschlossene Straffung des Verfahrens sowie die Aufwertung der Monopolkommission in der mündlichen Verhandlung. Die Einschränkung des Drittrechtsschutzes birgt dagegen eine nicht unerhebliche Gefahr für den Wettbewerb.

IV. Die Stärkung der privaten Rechtsdurchsetzung

1. *Allgemeines*

Freiheitsräume sind nichts wert, wenn wettbewerbsschädliche Praktiken nicht effizient bekämpft werden. Der Schutz wirtschaftlicher Freiheiten gegen privatautonom veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen wurde in Europa lange Zeit vornehmlich durch Kartellbehörden gewährleistet.[112] Infolge des *Courage*-Urteils des EuGH[113] sowie der Dezentralisierung der Anwendung der europäischen Rechtsregeln kam es jedoch zu einer gewissen Aufwertung der privaten Rechtsdurchsetzung. Als einer der ersten Wissenschaftler ging *Jürgen Basedow* in einem 2001 publizierten Beitrag auf diese Thematik ein[114] –

---

[111] Näher dazu *Säcker,* BB 2016, 1859, 1860 f.

[112] Zu den Hintergründen auf Ebene des EU-Rechts s. *Wolfgang Wurmnest,* Schadensersatz wegen Verletzung des EU-Kartellrechts – Grundfragen und Entwicklungslinien, in: Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, hrsg. von Oliver Remien (Tübingen 2012) 27–53, 31 ff.

[113] EuGH 20.9.2001 – Rs. C-453/99 (*Courage und Crehan*), Slg. 2001, I-6297 Tz. 26.

[114] *Jürgen Basedow,* Who will Protect Competition in Europe? From Central Enforcement to Authority Networks and Private Litigation, EBOR 2 (2001) 443–468, 459 ff. Der Beitrag entstand im Anschluss an das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. 1999 C 132/1, in dem die Kommission ihre Pläne für die Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsregeln skizzierte.

also zu einer Zeit, als die „offensive" private Rechtsdurchsetzung in Form von Schadensersatz- und Unterlassungsklagen in Deutschland und Europa kaum eine Rolle spielte.[115] Die spätere Debatte begleitete er u.a. als Mitglied der Monopolkommission sowie des „Think Tank on Private Enforcement" der Europäischen Kommission.

Jürgen Basedow weist der privaten Durchsetzung des Kartellrechts eine wichtige Aufgabe zu: Sie soll nicht nur Mittel der Opferkompensation sein, sondern als Vehikel „zur Effektivierung des Wettbewerbs" dienen, durch das die „Eigeninitiative Privater im Interesse einer freiheitlich-wettbewerblichen Wirtschaftsordnung [mobilisiert wird]".[116] Dazu bedarf es freilich Regeln, die bestehende Informationsdefizite und Beweisprobleme auf Seiten der Kläger abbauen sowie das Erheben einer Klage belohnen (die Monopolkommission sprach sich daher etwa für die Gewährung von zweifachem Schadensersatz aus[117]). Zudem muss ein System des kollektiven Rechtsschutzes geschaffen werden, durch das bei Streuschäden das Problem der „rationalen Apathie" von Geschädigten überwunden werden kann.[118]

Stand zu Beginn der Debatte um die private Rechtsdurchsetzung in Europa der Präventionsgedanke noch stark im Fokus der Aufmerksamkeit,[119] kam es auf Grund des starken Widerstands aus einigen Mitgliedstaaten zu einem Umdenken bei der EU-Kommission.[120] Das Weißbuch von 2008 rückte daher die vollständige Kompensation von Kartellopfern in den Vordergrund,[121]

---

[115] Vgl. *Ashurst,* Study on the conditions of claims for infringements of EC Competition rules, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>. Die Studie wurde im Jahre 2004 veröffentlicht. Der rechtsvergleichende Generalbericht aus der Feder von *Denis Waelbroeck/Donald Slater/Gil Even-Shoshan* stellt einleitend fest: „The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition law in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment."

[116] *Jürgen Basedow,* Perspektiven des Kartelldeliktsrecht, ZWeR 2006, 294–305, 304.

[117] *Monopolkommission,* Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41 (Baden-Baden 2004) Tz. 83.

[118] *Jürgen Basedow,* Introduction, in: Private Enforcement of EC Competition Law, hrsg. von dems. (Alphen aan den Rijn 2007) 1–5, 4.

[119] So wurde im Grünbuch der Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, vom 19.12.2005, KOM(2005) 672 endg., etwa die Frage aufgeworfen, ob bei Schadensersatzklagen gegen horizontale Kartelle die Zusprechung von doppeltem Schadensersatz sinnvoll sei (Option 16).

[120] Zu dieser Entwicklung *Wouter Wils,* Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future, World Competition 40 (2017) 3–45, 21 ff.

[121] Weißbuch der Kommission, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, vom 2.4.2008, KOM(2008) 165 endg., 3. Dieser Text muss im Zusammenhang gelesen werden mit dem begleitenden Staff Working Paper, SEC(2008), 404 vom 2.4.2008. Zum Ansatz des Weißbuchs s. *Friedrich Wenzel Bulst,* Zu den Bemühungen der Kommission um eine Effektivierung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, in: Schadens-

ein Ansatz, der auch der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104 zugrunde liegt.[122] Ursprünglich waren die Arbeiten an dieser Richtlinie auch darauf gerichtet, ein europäisches System des kollektiven Rechtsschutzes zu schaffen, doch fand sich hierfür in der Kommission keine Mehrheit.[123] Letztlich wurde im Jahre 2013 lediglich eine Empfehlung zur Einführung von kollektiven Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren abgegeben, um über den Bereich des Kartellrechts hinaus den Rechtsschutz ganz allgemein zu verbessern.[124] Unlängst hat die Kommission allerdings einen neuen Versuch gestartet, ein horizontales Instrument des kollektiven Rechtsschutzes in Europa zu etablieren,[125] wobei derzeit noch nicht abzusehen ist, ob diese Initiative von Erfolg gekrönt sein wird.

Jeder Verzicht auf eine europäische Vollharmonisierung schafft freilich Raum für den Wettbewerb der Justizstandorte, der durch die sukzessive Verbesserung der Bedingungen für Schadensersatzkläger in den letzten 15 Jahren entstanden ist.[126] Viele EU-Mitgliedstaaten haben in jüngerer Zeit Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes geschaffen oder alte Regelungen reformiert, um einen besseren kollektiven Zugang zum Recht zu ermöglichen.[127]

---

ersatzklagen gegen Kartellmitglieder, hrsg. von Peter Behrens/Marco Hartmann-Rüppel/Justus Herrlinger (Baden-Baden 2010) 11–33, 12 f.

[122] Vgl. Art. 1(1), Art. 3 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014 L 349/1. Zu den Regeln der Richtlinie s. *John Kwan,* The Damages Directive: End of England's Eminence?, ECLR 2015, 455–462; *Heike Schweitzer,* Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335–345; zum Richtlinienvorschlag auch *Thomas Möllers,* Private Enforcement of Competition Law in Europe: The Directive Proposal for Damages for Infringements of Competition Law Provisions, Europa e diritto privato 2014, 821–846.

[123] Näher dazu *Wurmnest,* Schadensersatz (Fn. 112) 37.

[124] Empfehlung der Kommission vom 11.6.2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. L 201/60.

[125] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.4.2018 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, COM(2018) 184 final. Dieser Vorschlag ist Teil eines umfangreicheren Maßnahmenpakets zur Verbesserung der Durchsetzung des Verbraucherschutzes, vgl. dazu Mitteilung der Kommission vom 11.4.2018, Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher, COM(2018) 183 final.

[126] Zu diesem Wettbewerb, den die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie noch stimulieren wird, *Jürgen Basedow,* Die kartellrechtliche Schadensersatzhaftung und der Wettbewerb der Justizstandorte, Basler Juristische Mitteilungen 2016, 217–239; vgl. auch *Wolfgang Wurmnest,* Forum shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie, NZKart 2017, 2–10, 8 ff.

[127] Näher dazu *Astrid Stadler,* Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz, ZfPW 2015, 61–84, 66 ff. (zu Frankreich, Belgien, den Niederlan-

In Deutschland hat die Regierung dagegen lange Zeit nicht auf die Empfehlung reagiert. Im Juli 2017 hatte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Zuge des Diesel-Abgas-Skandals – nachdem ein Gesetzesvorschlag in der Ressortabstimmung steckengeblieben war – immerhin einen Diskussionsentwurf für eine Musterfeststellungsklage veröffentlicht.[128] Diese Idee wurde nach der Bundestagswahl vom September 2017 von der neugebildeten Großen Koalition wieder aufgegriffen. Ein Gesetzentwurf zur Schaffung einer Musterfeststellungsklage wurde wegen der drohenden Verjährung von Ansprüchen in Zusammenhang mit dem Diesel-Skandal sehr zügig beraten und mit einigen Änderungen bereits im Sommer 2018 verabschiedet.[129] Nachfolgend soll untersucht werden, ob die eingeführte Musterfeststellungsklage die private Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche verbessern kann.

2. *Die Musterfeststellungsklage*

Die Musterfestellungsklage ist als allgemeines Instrument des kollektiven Rechtsschutzes gedacht, dessen Anwendung nicht auf bestimmte Bereiche des Zivilrechts zugeschnitten ist. Es handelt sich um ein Verbandsklageverfahren, bei dem ein qualifizierter Verbraucherschutzverband i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1UKlaG, der zudem die in § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO n.F. genannten Anforderungen erfüllt, Klage gegen ein Unternehmen erheben kann, um das Vorliegen von Voraussetzungen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen zwischen Verbrauchern und Unternehmern (sog. Feststellungsziele) gerichtlich feststellen zu lassen (§ 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO n.F.). Solche Klagen sind nur dann zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, dass Ansprüche oder Rechtsverhältnisse von mindestens zehn Verbrauchern von den Feststellungszielen betroffen sind und sich binnen zwei Monaten nach Bekanntmachung mindestens fünfzig Verbraucher der Klage angeschlossen haben (§ 606 Abs. 3 ZPO n.F.). Der Prozess wird zwischen dem Verband und dem beklagten Unternehmen geführt. Wichtige Angaben über das Verfahren (Feststellungsziele, Parteien, knappe Darstellung des vorgetragenen Lebenssachverhalts etc.) sollen allerdings zu Verfahrensbeginn in das (elektronische) Klageregister

---

den, England und Wales); zu Frankreich auch *Florian Bien,* Dritter Weg zwischen opt in und opt out? Die neue französische Gruppenklage ist gestartet, NZKart 2014, 465–466. Vgl. ferner den Überblick bei *Martin Ebers,* Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht (Tübingen 2016) 772 ff.

[128] Abrufbar unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Musterfeststellungsklage.html>.

[129] Angenommen wurde ein Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD (BT-Drucks. 19/2507 vom 5.6.2018) mit Änderungen, die der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz empfohlen hatte (BT-Drucks. 19/2741 vom 13.6.2018) = Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage v. 12.7.2018, BGBl. 2018 I, 1151.

eingetragen werden (§§ 607 Abs. 1, 609 Abs. 1 ZPO n.F.). Verbraucher können dann Ansprüche gegen das beklagte Unternehmen bis zum Ablauf des Tages vor dem ersten Termin in dieses Register eintragen lassen (§ 608 Abs. 1 ZPO n.F.). Für im Register angemeldete (und nicht vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommene) Ansprüche entfaltet ein späteres Feststellungsurteil Bindungswirkung (§ 613 Abs. 1 ZPO n.F.). Darüber hinaus profitiert der Verbraucher in Bezug auf angemeldete Ansprüche, deren Grundlage im Verfahren geklärt werden soll, von einer Verjährungshemmung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB n.F.). Wird im Feststellungsverfahren ein Vergleich erzielt, der vom Gericht genehmigt wird, bindet dieser den Anmelder, sofern er nicht seinen Austritt erklärt und zudem nicht mehr als 30 % der Anmelder den Vergleich ablehnen (§ 611 ZPO n.F.).

Die Musterfeststellungsklage wird die private Kartellrechtsdurchsetzung nicht signifikant voranbringen können. Sofern es um „Follow-on“-Klagen geht, besteht für die Gerichte nach § 33b GWB n.F. bereits eine weitgehende Bindungswirkung in Bezug auf den Verstoß gegen die deutschen bzw. europäischen Wettbewerbsregeln. In Schadensersatzprozessen wird daher vornehmlich um Kausalitätsfragen und die Schadenshöhe gestritten. Diese Fragen sind oftmals einzelfallabhängig zu beantworten, so dass die Musterfeststellungsklage insofern wenig weiterhilft, da mit ihr allenfalls abstrakte Fragen der Schadensermittlung geklärt werden können (Durchschnittsschaden, allgemeine Preiseffekte nach Beendigung des Kartells etc.), was dem Verbraucher nicht erspart, seine Ansprüche (anschließend) weitgehend mit einer eigenständigen Klage zu verfolgen, bei der aber auf den Einzelfall bezogene Einwendungen des Prozessgegners nach wie vor möglich sind. Bei den üblicherweise bei Verbrauchern anfallenden kleineren Schadensposten lohnt sich der Aufwand für den Geschädigten dafür in der Regel nicht. Für „Stand-alone“-Klagen verbessert die Musterfeststellungsklage den Zugang zum Recht ebenfalls nicht signifikant. Zwar könnte durch sie der Rechtsverstoß grundsätzlich in bindender Weise festgestellt werden, jedoch wäre der Aufwand, um im Anschluss den Schaden einzuklagen, für Verbraucher weiterhin sehr hoch.

Insgesamt zeigt sich, dass die Einführung einer Musterfeststellungsklage für das Kartellrecht wenig zielführend ist. Sinnvoller erscheint es, zum Schutz des Wettbewerbs die Verbandsklagebefugnisse in einer Weise zu stärken, die Verbänden bei Bagatellschäden die Abschöpfung von Gewinnen der Kartellrechtsverletzer erlaubt, sofern dies nicht bereits von der Kartellbehörde getan wurde. Im niederschwelligen Bereich würde damit die Prävention der Kompensation vorgehen, da eine Verteilung unter den eigentlichen Opfern nicht wirtschaftlich wäre.[130] In den seltenen Fällen, in denen Verstöße gegen das Kartellrecht niederschwellige Streuschäden verursachen und keine behördliche Gewinnabschöpfung stattgefunden hat, ist es aber notwendig, dass die

[130] *Stadler,* ZfPW 2015, 61, 80.

Verbände von ihrem Engagement auch einen Vorteil haben, was derzeit nicht der Fall ist, weil § 34a GWB a.F./n.F. im Fall des Obsiegens die Herausgabe der Gewinne an den Bundeshaushalt vorschreibt. Dieser Strang der Gewinnabschöpfung ist daher gegenwärtig totes Recht.[131] Er könnte aber wiederbelebt werden, wenn die Verbände die abgeschöpften Gewinne (ggf. zum Teil) anderweitig verwenden könnten.[132] Damit diese Gelder sinnvoll eingesetzt werden, könnte etwa ein Fonds errichtet werden (ggf. auch auf EU-Ebene), mit dem weitere Abschöpfungsklagen angeschoben oder andere Projekte im Verbraucherbereich finanziert werden könnten.[133] Für sonstige Schäden müsste, wie seit langem gefordert wird, eine Opt-in-Gruppenklage geschaffen werden, die einen breiten Anwendungsbereich haben müsste und mit der Schadensersatz und Unterlassung verlangt werden könnten.[134] Es erscheint auch durchaus möglich, ein solches Instrument in einer Weise auszugestalten, die Missbräuche verhindert.[135]

3. *Fazit*

Deutschland hinkt – trotz Musterfeststellungsklage – im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes der europäischen Entwicklung hinterher. Darunter leidet nicht nur der Schutz des Wettbewerbs, sondern es besteht auch die Gefahr, dass Verfahren ins europäische Ausland abwandern. Bei grenzüberschreitenden Kartellrechtsverstößen ist heute in Europa nämlich – um mit *Jürgen Basedow*

---

[131] *Jochen Bernhard,* Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen (Tübingen 2010) 340; vgl. auch *Monopolkommission,* Wettbewerb 2016 (Fn. 26) Tz. 179.

[132] *Monopolkommission,* Wettbewerb 2016 (Fn. 26) Tz. 179. Für die Gewährung eines gewissen finanziellen Anreizes auch *Raphael Koch,* Grund und Grenzen der kollektiven Rechtsdurchsetzung, DZWIR 2016, 351–360, 360.

[133] *Bernhard,* Sammelklagen (Fn. 131) 341 f.; ähnlich schon *Monopolkommission,* Das allgemeine Wettbewerbsrecht (Fn. 117) Tz. 95 (Auskehr des Abschöpfungsbetrags an verbraucherschützende Organisationen oder Verbraucherprojekte).

[134] Vgl. *Astrid Stadler,* Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law, in: Private Enforcement of EC Competition Law (Fn. 118) 195–213, 209 ff.; *Caroline Meller-Hannich,* Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, NJW-Beil 2018, 29–32, 31 f.; weitergehend *Tanja Domej,* Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 125 (2012) 421–458, 444 ff., a.A. *Koch,* DZWIR 2016, 351, 357 ff., der ein Opt-in-Modell für wenig sinnvoll hält und daher die materielle Bündelung von Ansprüchen durch Abtretungsmodelle favorisiert. Das Abtretungsmodell bietet allerdings nur Anreize, wenn erhebliche Schadensposten eingeklagt werden sollen, und dürfte daher oftmals nicht weiterhelfen. Gegen ein Opt-in Modell im Kartellrecht auch *Alexander Bruns,* Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?, ZZP 125 (2012) 399–419, 417 („zweifelhafte und nicht empfehlenswerte Kommerzialisierung der Rechtswahrnehmung“).

[135] Näher dazu *Stadler,* Collective Action (Fn. 134) 212; *Meller-Hannich,* NJW-Beilage 2018, 29, 31 f.; vgl. auch *Domej,* ZZP 125 (2012) 421, 447 f. (zur Bestimmung des Repräsentanten einer Gruppe).

zu sprechen – „*Forum Shopping* das Gebot der Stunde".[136] Der deutsche Gesetzgeber muss daher tätig werden. Die Musterfeststellungsklage ist für das Kartellrecht aber der falsche Weg. Für diesen Bereich empfiehlt sich die Einführung einer „Opt-in"-Gruppenklage, die so ausgestaltet werden sollte, dass keine Missbräuche drohen. Darüber hinaus muss die Gewinnabschöpfungsmöglichkeit durch private Verbände verbessert werden. Ohne ein mutiges Zupacken des Gesetzgebers in diesen Bereichen der privaten Rechtsdurchsetzung wird Deutschland im Wettbewerb der Rechtsordnungen zurückfallen.

V. Schluss

Der Streifzug hat gezeigt, dass der Schutz wirtschaftlicher Freiheiten Wissenschaft, Gerichte und Gesetzgeber stets aufs Neue vor Herausforderungen stellt. „Mehr Freiheit wagen" ist daher nicht nur für die Marktregulierung ein langfristiges Arbeitsprogramm, sondern auch für das Kartellrecht. Beide Rechtsgebiete müssen auf sich ständig wandelnde Marktbedingungen reagieren und dabei Freiheitsräume sinnvoll gestalten und effektiv sichern. Nur auf diese Weise kann der Wettbewerb seine positiven Wirkungen entfalten, die oftmals mit Blick auf Partikularinteressen geleugnet werden. *A la longue* leistet die kontinuierliche Auseinandersetzung mit Grund und Grenzen der Wettbewerbsfreiheit auch einen Beitrag dazu, den wirtschaftlichen Wettbewerbsgedanken stärker in der Gesellschaft zu verankern – ein Anliegen, das der Jubilar bei seiner Arbeit nie aus den Augen verloren hat.

[136] *Basedow,* Basler Juristische Mitteilungen 2016, 217, 239.

Teil III

Kollisionsrecht und Verfahrensrecht

Mehr Freiheit wagen im Recht der Privatautonomie?

Rechtswahlfreiheit und religiöse Rechte

Ralf Michaels

I. Wahl religiösen Rechts zwischen Freiheit und Zwang

1. Problemstellung

Mehr Freiheit wagen – das heißt aus liberaler Perspektive häufig mehr Wahlfreiheit.[1] Für den liberalen Internationalprivatrechtler heißt es mehr Rechtswahlfreiheit.[2] Und Rechtswahlfreiheit ist im Trend; sie wird immer weiter gewährleistet und ist mittlerweile zu einem Grundprinzip des IPR geworden. Insbesondere die Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts ist ein häufig behandeltes Thema; die (nicht bindenden) Haager Prinzipien wollen sie jetzt unter bestimmten Voraussetzungen erlauben.[3] Meist geht es um die Wählbarkeit von Wirtschaftsrecht, etwa *lex mercatoria* oder, neuerdings, Privatkodifikationen wie die UNIDROIT-Prinzipien. Außen vor bleiben andere nichtstaatliche Rechte, etwa religiöse Rechte. Nachfrage besteht durchaus. Vielen Gläubigen ist von ihrer Religion auferlegt, sich nur religiösem Recht zu unterwerfen. Weshalb also der Unterschied?

In der Tat wird die Wählbarkeit religiöser Rechte oft mit liberalen Argumenten gefordert, wie das folgende Zitat zeigt:

> „Wir wollen, dass der Despotismus abgeschafft wird. Es muss mehrere Rechtsordnungen geben. Der Bürger muss im Rahmen allgemeiner Grundsätze selbst die Rechtsordnung wählen können, die ihm passt. Zudem war dies im Laufe unserer Geschichte bereits der Fall. In unserer Geschichte gab es unterschiedliche religiöse Strömungen. Jeder hat nach den Regeln seiner eigenen Organisation gelebt und so lebte jeder in Frieden. Warum soll ich dann verpflichtet sein, nach den Regeln Anderer zu leben? (…) Das Recht zu Wahl der eigenen Rechtsordnung ist unabdingbarer Teil der Religionsfreiheit."[4]

Das Zitat entstammt einer Rede von Necmettin Erbakan, seinerzeit Vorsitzender der türkischen Wohlfahrtspartei. Es bedient sich in geschickter Weise liberaler Rhetorik, die aus der Diskussion zur Rechtswahlfreiheit bekannt ist. Dort sind solche Argumente für viele überzeugend. Hier waren sie es nicht. Im Rahmen des Parteiverbots der Wohlfahrtspartei lehnte der Europäische

---

[1] Siehe etwa *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen: Über Deregulierung und Wettbewerb (Tübingen 2002); speziell zur Vertragsfreiheit *ders.,* Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2008/I (München 2009) 85–104.

[2] *Mathias Lehmann,* Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws, Vand. J. Transnat'l L. 41 (2008) 381–433, 413 ff.; *Jürgen Basedow,* Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011) 32–59, 50 ff.; *ders.,* The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Relations in the Conflict of Laws (Leiden 2015) 115 ff.

[3] Dazu *Jürgen Basedow,* The Hague Principles on Choice of Law: Their Addressees and Impact, Unif.L.Rev. 22 (2017) 304–315.

[4] EGMR (Große Kammer) 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 28. Die Zitate aus der Entscheidung sind der deutschen Übersetzung in EuGRZ 2003, 206–222 entnommen.

Gerichtshof für Menschenrechte das Argument ab, indem er die Religion der Privatsphäre zuschlug und den öffentlichen Bereich, einschließlich des Rechts, dem Staat überließ:

> „Der Gerichtshof erinnert daran, dass die Religionsfreiheit einschließlich der Freiheit, sie durch Gottesdienst und die Ausübung religiöser Gebräuche auszuüben, zuförderst das individuelle Bewusstsein, das forum internum, betrifft. Er betont insoweit, dass der Bereich des forum internum völlig verschieden vom Bereich des Privatrechts ist, das die Organisation und das Funktionieren der Gesellschaft als Ganzes betrifft."[5]

In dieser Abgrenzung sind nun sowohl die Definition der Religion als auch die des Privatrechts problematisch. Religion, einerseits, ist nicht nur (und nicht einmal notwendig „zunächst") eine innere Frage. Das mag für das Christentum, insbesondere in seiner protestantischen Ausgestaltung, gelten, das zentral auf das Gewissen, die geistige Verbindung zwischen dem Gläubigen und Gott abstellt. Für andere Religionen, wie Judentum und Islam, die wesentlich auch den öffentlichen Bereich betreffen, gilt es nicht so uneingeschränkt, und für das Recht gilt es auch nicht.[6] Andererseits betrifft das Privatrecht nicht so unproblematisch „die Organisation und das Funktionieren der Gesellschaft insgesamt". Natürlich hat das Privatrecht gesamtgesellschaftliche Relevanz. Aber es betrifft ja auch gerade den Bereich, in dem Bürger in relativer Freiheit von der Gesamtgesellschaft eigene Freiheitsbereiche definieren und abstecken können. Damit ist auch die simple Abgrenzung des Gerichtshofs, die Religionsfreiheit dem privaten und das Recht dem öffentlichen Bereich zuzuschlagen, so nicht haltbar. Einerseits spielt die Religion als normative Ordnung auch in das Recht hinein. Andererseits betrifft das Privatrecht, und ebenso die Rechtswahl, ganz maßgeblich jenen privaten Bereich, den der Gerichtshof der Religion vorbehalten möchte. Kollisionen lassen sich in dieser Form der begrifflichen Abgrenzung also nicht vermeiden.

Überraschend sind die Argumente des Gerichtshofs aber vor allem deshalb, weil sie gegen die Rechtswahl insgesamt vorgebracht werden könnten. Diese ist nun aber anerkannt und wird, wie angedeutet, für andere nichtstaatliche Rechte auch häufig gefordert. Das lädt zu genauerer Analyse ein.

2. *Spannungsverhältnisse der Freiheit*

Warum sind religiöse Rechte nicht wählbar? Im Konflikt, der im Verfahren über die Wohlfahrtspartei verhandelt wurde, drückt sich ein dreifaches Spannungsverhältnis aus, das in der Rechtswahlfreiheit allgemein besteht, aber in der Frage der Wählbarkeit religiöser Rechte ganz besonders zum Vorschein kommt.

---

[5] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 128.

[6] *Silvio Ferrari,* Religion in the European Public Spaces: A Legal Overview, in: Religion in Public Spaces, hrsg. von dems./Sabrina Pastorelli (London 2016) 139–156.

a) *Freiheit und Zwang*

Ein erstes Spannungsverhältnis besteht zwischen Freiheit und Zwang. Vertragsfreiheit bedeutet die Freiheit zur Selbstbindung. Rechtswahlfreiheit beinhaltet die Freiheit der Wahl eines Rechts, das seinerseits illiberal ist. Islam etwa bedeutet bekanntlich „Unterwerfung“;[7] gefordert ist, dass sich der Gläubige ganz dem Willen Allahs unterwirft. Islamexperten sehen das nicht als Unfreiheit: Freiheit im Islam ist die Freiheit, das Richtige zu tun.[8] Aber das spezifische Freiheitsverständnis des westlichen Staates hat sich bekanntlich in der Aufklärung spezifisch in Abgrenzung von der Religion gebildet. Das erklärt die Sorge des Gerichtshofs, dass

> „die Individuen verpflichten würde[n], nicht etwa den vom Staat in Wahrnehmung einer oben genannten Funktion gesetzten Regeln zu gehorchen, sondern den statischen rechtlichen Regeln, die eine betroffene Religion festlegt. Den Staat trifft jedoch eine positive Pflicht sicher zu stellen, dass jede Person, die seiner Herrschaftsgewalt untersteht, vollständig und ohne das Recht darauf im vorhinein zu verzichten, die von der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten in Anspruch nehmen kann.“[9]

b) *Freiheit und Gleichheit*

Zweitens besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit. Dieses hat gleich zwei Aspekte. Zunächst besteht die Furcht, dass das gewählte Recht seinerseits diskriminiert (was allerdings keine spezifische Eigenschaft religiösen Rechts ist)[10]:

> „Andererseits kann die Türkei, wie jeder andere Vertragsstaat auch, legitimer Weise verhindern, dass privatrechtliche Regelungen religiösen Ursprungs, welche die öffentliche Ordnung und die Werte der Demokratie im Sinne der Konvention beeinträchtigen, in ihrem Herrschaftsbereich Anwendung finden (zum Beispiel Regelungen, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der Parteien zulassen, so wie die Polygamie oder Privilegien des männlichen Geschlechts bei Scheidung und Rechtsnachfolge).“[11]

Daneben geht es darum, dass verschiedene Menschen verschiedenen Rechten unterliegen und dadurch ungleich behandelt werden. Nach dem Gerichtshof

> „würde ein solches System unleugbar das Prinzip der Nicht-Diskriminierung zwischen Individuen bei der Ausübung ihrer öffentlichen Freiheiten verletzen, das eines der grundlegenden Prinzipien der Demokratie darstellt. Eine unterschiedliche Behandlung der Einzelnen in allen Bereichen des öffentlichen und privaten Rechts abhängig von ihrer Religion

---

[7] Darauf bezieht sich auch der Titel des Buchs von *Michel Houellebecq,* Soumission (Paris 2015).

[8] Siehe etwa *Seyyed Hossein Nasr,* The Concept and Reality of Freedom in Islam and Islamic Civilization, in: The Philosophy of Human Rights, hrsg. von Alan S. Rosenbaum (London u.a. 1981) 95–101.

[9] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 119.

[10] *Joan Wallach Scott,* Sex and Secularism (Princeton 2017).

[11] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 128.

oder Weltanschauung findet offensichtlich keinerlei Rechtfertigung in der Konvention und insbesondere nicht in Artikel 14, der Diskriminierungen verbietet. Eine solche unterschiedliche Behandlung kann keinen gerechten Ausgleich herbeiführen zwischen einerseits den Forderungen bestimmter religiöser Gruppen, die wünschen, nach ihren eigenen Regeln regiert zu werden und andererseits den Interessen der Gesellschaft als Ganzer, die auf dem Frieden und der Toleranz zwischen den verschiedenen Religionen und Weltanschauungen beruhen muss [...].“[12]

c) Freiheit und Identität

Drittens schließlich besteht ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Identität. Rechtswahlfreiheit verstehen wir heute regelmäßig nicht mehr als „Katastrirung des vom Vater herstammenden Rechtes“, als welche die *professio iuris* im Mittelalter bestand.[13] Im liberalen Kollisionsrecht bleibt das Ich durch die Rechtswahl unberührt: Seine Identität besteht gerade in der Fähigkeit, wählen zu können. Demgegenüber spricht Erbakan davon, dass ein Moslem islamisches Recht wählen können soll, ein Jude jüdisches Recht. Er erwägt nicht, dass ein Moslem jüdisches Recht wählen können soll, oder etwa einem Atheisten die ganze Bandbreite religiöser Rechte zur Verfügung stehen soll. Die Identität selbst ist danach der Wahlfreiheit enthoben.

d) Die besondere Spannung in Bezug auf religiöse Rechte

Nun sind allerdings alle drei Gegensätze – Freiheit und Zwang, Freiheit und Gleichheit, Freiheit und Identität – nicht spezifisch für religiöse Rechte. Sie betreffen die Rechtswahl generell, ohne diese unmöglich zu machen. Dass ein Recht gleichheitswidrig ist, verhindert sonst nicht seine Wählbarkeit, sondern allenfalls seine Anwendbarkeit im Einzelfall. Dass die Rechtswahl dazu führt, dass Menschen unterschiedlichen Rechten unterworfen sind, sieht man sonst als Vorteil, nicht als Problem. Dass diese Sorgen insbesondere gegenüber der Wahl religiösen Rechts angeführt werden, hat also wohl mit der speziellen Rolle religiöser Rechte zu tun, aber auch mit der Position des Staates ihnen gegenüber. Das wird sich in der Tat im Folgenden ergeben. Dabei verstehe ich einerseits den Begriff des religiösen Rechts eng: Ich meine damit im Prinzip nur nichtstaatliche Rechte, also etwa islamisches Recht, nicht aber staatliche Rechte mit religiöser Prägung, also etwa saudi-arabisches Recht.[14] Andererseits verstehe ich den Begriff der Rechtswahl weit: Ich behandle sowohl die kollisionsrechtliche Wahl vor staatlichen Gerichten als auch die Anwendung religiöser Rechte in der Schiedsgerichtsbarkeit und die Wahl religiöser Schiedsgerichte.

---

[12] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Partisi u.a. ./. Türkei*), Nr. 119.

[13] *Friedrich Carl v. Savigny,* Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter², Bd. VII (1851) 2 (Zusatz von Merkel).

[14] *Frank E. Vogel,* Islamic Law and Legal System: Studies of Saudi Arabia (Leiden u.a. 2000).

II. Die Wahl religiösen Rechts im geltenden Recht

1. Rechtswahl

a) Westlich-säkulare Rechtssysteme

Die nächstliegende Frage ist diejenige, ob religiöses Recht als geltendes Recht im Sinne des IPR gewählt werden kann. Nach dem herkömmlichen Verständnis des IPR in der westlichen Welt ist das nicht der Fall. Warum, zeigt sich in der bekannten *Shamil Bank*-Entscheidung des englischen Court of Appeal.[15] Ein Darlehensnehmer erklärte, der Darlehensvertrag verstoße gegen das islamische Zinsverbot; da die Parteien islamisches Recht gewählt hätten, sei er nichtig. Die Rechtswahlklausel lautete: „Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England". Das englische Gericht, das den Fall unter dem römischen Schuldvertragsübereinkommen zu entscheiden hatte, lehnte die kollisionsrechtliche Anwendbarkeit islamischen Rechts mit zwei Argumenten ab. Erstens könne ein Vertrag nicht zwei Rechten zugleich unterliegen.[16] (Man kann also mit Luthers Zwei-Reiche-Lehre sagen, ein Sachverhalt kann nur entweder dem weltlichen oder dem himmlischen Recht unterliegen, aber nicht beiden.) Zweitens könne islamisches Recht überhaupt nicht gewählt werden, denn wählbar sei nach dem Europäischen Schuldvertragsübereinkommen nur staatliches Recht.[17]

Die rechtswahlfeindliche Entscheidung lässt sich zum Teil mit einem generellen Misstrauen englischer Richter gegenüber dem islamischen Recht begründen. 1951 hatte Lord Asquith sogar die Existenz eines islamischen Wirtschaftsrechts insgesamt bezweifelt;[18] andere Entscheidungen zeigen ähnliches Misstrauen.[19] Indes betrifft *Shamil Bank* nicht nur islamisches Recht;[20]

---

[15] *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd* [2004] 1 WLR 1784 (CA); vgl. *Kilian Bälz,* Das islamische Recht als Vertragsstatut?, IPRax 2005, 44–47; *Peter Mankowski,* Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil 1), RIW 2005, 481–499, 491.

[16] Ebenso etwa *Jan v. Hein,* in: Rauscher, EuZPR/EuIPR^4 (München 2015) Art. 3 Rom I-VO Rn. 82 f.

[17] Ebenso etwa *Mathias Rohe,* Europäisches Kollisionsrecht und religiöses Recht, in: Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, hrsg. von Stefan Arnold (Tübingen 2015) 67–86, 82; *Peter Mankowski,* in: Magnus/Mankowski, European Commentaries on Private International Law, Bd. II: Rome I Regulation (Köln 2017) Art. 3 Rn. 287 ff., beide m.w.N.

[18] „[No law of Abu Dhabi] can reasonably be said to exist. The Sheikh administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments." – *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi,* ICLQ 1 (1952) 247–261, 250 f.

[19] Siehe etwa *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.,* Int'l Law Rep. 20 (1953) 534: „I am satisfied that Qatari law does not contain any principles which would be

Nichtwählbarkeit gilt auch etwa für jüdisches Recht.[21] Dass nichtstaatliches religiöses Recht kollisionsrechtlich nicht wählbar sei, entspricht der ganz überwiegenden Meinung auch im Rest von Europa.[22] Grundlage ist die Ansicht, dass das europäische Kollisionsrecht überhaupt nur staatliches Recht berufe. Zum römischen Schuldvertragsübereinkommen war das ganz herrschende Ansicht; für die Rom I-Verordnung ergibt es sich recht eindeutig aus der Gesetzgebungsgeschichte, nachdem ein Vorschlag zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts abgelehnt wurde und die Erwägungsgründe lediglich die materiellrechtliche Einbeziehung in den Vertrag erwähnen.[23]

Freilich wurde die Wählbarkeit religiösen Rechts, soweit ersichtlich, im Rechtsetzungsverfahren nicht ausdrücklich diskutiert. Das Gleiche gilt für die Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts von 2015,[24] die vom Gesetzgeber Paraguays im Wesentlichen umgesetzt wurden.[25] Die Verfasser der Principles wollten ganz allgemein die Wahl von „rules of law" zulassen, womit nichtstaatliches Recht gemeint war.[26] Nach Protesten gegen eine derart liberale Position erlaubt die Endfassung der Principles nur die Wahl solcher „rules of law", die „generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of

---

sufficient to interpret this particular contract"; ferner *Saudi Arabia v. Arab American Oil Co. (ARAMCO),* Int'l Law Rep. 27 (1963) 117.

[20] Ebenso *Musawi v RE International (UK) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch), No. 19; *Dubai Islamic Bank PJSC v PSI Energy Holding Co BSC* [2013] EWHC 3186 (Comm), No. 11.

[21] *Halpern v Halpern* [2007] EWCA Civ 291; dazu auch *Maren Heidemann,* Halpern v. Halpern: Zur Anwendbarkeit nicht-staatlichen Rechts und „Rom I" in England, ZEuP 16 (2008) 618–632.

[22] Etwa *Gilles Pillet/Olivera Boskovic,* Rome I, Choix de la loi et compabilité avec la chari'a, in: Le règlement communautaire „Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux, hrsg. von Sabine Corneloup/Natalie Joubert (Paris 2011) 173–204, 196–197; *Andreas Junius,* Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles, Chicago Journal of International Law 7 (2010) 537–550; *Bälz,* IPRax 2005, 44; *Dieter Martiny,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2018) Art. 3 Rom I-VO Rn. 28; Rauscher/*v. Hein,* EuZPR/EuIPR (Fn. 16) Art. 3 Rom I-VO Rn. 60.

[23] Nachweise bei *Ralf Michaels,* in: Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Contracts[2] (Oxford 2015) Preamble I Rn. 64.

[24] Principles on Choice of Law in International Commercial Contract, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.

[25] Ley No 5393 de fecha 15 de enero de 2015 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, Art. 5; dazu *José Antonio Moreno Rodríguez,* The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?, in: Essays in Honour of Michael Joachim Bonell, Bd. II (Rom 2016) 1146–1178, 1162–1166.

[26] Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Ralf Michaels,* Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, in: Liber Amicorum Hans Micklitz (Cham 2014) 43–69, 53–55.

rules“ sind. Der Wortlaut ist ersichtlich auf die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts und ähnliche Privatkodifikationen ausgerichtet, die auch das Hauptinteresse der Kommission bildeten. Ob religiöse Rechte damit umfasst sein können oder nicht, lässt sich der Vorschrift und den Materialien nicht klar entnehmen. Richtig ist es wohl, nach den Hague Principles die Wahl religiösen Rechts nicht zulassen.[27] Religiöse Rechte lassen sich meist nicht als „set of rules“ darstellen. Zudem lässt sich das Erfordernis der Neutralität als Ablehnung religiöser Rechte ansehen:[28] Neutral ist aus Sicht des liberalen Staates nur säkulares Recht, nicht aber religiöses Recht, das eine partikulare Position ausdrückt.

b) Rechtsordnungen mit personaler Rechtsspaltung

Dass nur staatliches Recht Objekt einer kollisionsrechtlichen Verweisung sein kann, ist allerdings ein Axiom weder des internationalen Privatrechts schlechthin noch eines allgemeinen Begriffs des Rechts. Das heutige Kollisionsrecht mit seiner Fokussierung auf staatliches Recht ist, wie Eugen Ehrlich vor mehr als hundert Jahren feststellte, ein Ergebnis der konkreten Entwicklung westlicher, insbesondere europäischer, Rechtsordnungen.[29] Andere Kollisionsrechtsordnungen können anders entscheiden.

Tatsächlich gilt in vielen Rechtsordnungen eine personale Rechtsspaltung: Das anwendbare Recht ergibt sich hier insbesondere für Fragen des Familien- und Erbrechts nach dem Personalstatut, und dieses ist häufig religiös.[30] In einigen Rechtsordnungen, so etwa in Indien, werden alle diese religiösen Rechte von staatlichen Gerichten verhandelt; betroffen ist also lediglich die Frage nach dem anwendbaren Recht. In anderen Rechtsordnungen ist das

---

[27] So auch *Yuko Nishitani,* Party Autonomy in Contemporary Private International Law – The Hague Principles on Choice of Law and East Asia, Japanese Yearbook of International Law 59 (2016) 300; *Peter Mankowski,* Article 3 of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?, Unif. L. Rev. 22 (2017) 369–394, 382 f.

[28] *Michaels,* Non-State Law (Fn. 26) 56 f.

[29] *Eugen Ehrlich,* Internationales Privatrecht, Deutsche Rundschau 126 (1906) 419–433, 425; vgl. *Manfred Rehbinder,* Internationales Privatrecht als Weltrecht – Das Plädoyer des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich für die Lehre von Ernst Zitelmann, in: FS Gülören Tekinalp (Istanbul 2003) 619–621, dort 622–641 auch Wiederabdruck des Aufsatzes.

[30] Allgemein *Imen Gallala-Arndt,* Interreligious Law, in: Encyclopedia of Private International Law, hrsg. von Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio (Cheltenham, UK, 2017) Bd. I, S. 1020–1026; vergleichend auch *Yüksel Sezgin,* Human Rights under State-Enforced Religious Family Laws in Israel, Egypt and India (Cambridge 2013); zu Ägypten etwa *Maurits S. Berger,* Secularizing Interreligious Law in Egypt, Islamic Law and Society 12 (2005) 394–418; zu Israel etwa *Angelika Günzel,* Religionsgemeinschaften in Israel (Tübingen 2006) insb. 83 ff.; *Talia Einhorn,* Private International Law in Israel (Alphen aan den Rijn 2009) 165 ff., Nr. 418 ff.; zu Indien *Gopika Solanki,* Adjudication in Religious Family Laws (Cambridge 2011).

anwendbare Recht dagegen mit einer spezifischen Gerichtsbarkeit verbunden. So sind etwa in Israel für das jüdische Familien- und Erbrecht jüdische Gerichte verantwortlich, für das islamische Recht islamische Gerichte, und so weiter. Teilweise sind diese Mehrrechtsordnungen auf das osmanische Recht zurückzuführen, teilweise auf das englische Kolonialrecht mit seiner Tendenz, den Eingeborenen ihr lokales Recht zu überlassen und nur auf Engländer englisches Recht anzuwenden. In Israel kommen beide Einflüsse zusammen. Teilweise entspricht die Trennung auch schlicht lokalen vorstaatlichen Traditionen.

Anknüpfungsmoment ist hier freilich im Prinzip nicht die Rechtswahl, sondern die Religionszugehörigkeit des Einzelnen. Der Moslem wird also deshalb islamischem Recht unterworfen, weil er Moslem ist, nicht, weil er islamisches Recht gewählt hätte. Das bedeutet gleichzeitig auch, dass er im Grundsatz kein anderes Recht wählen kann als das seiner eigenen Religionszugehörigkeit. Das schließt Rechtswahl allerdings nicht völlig aus.

Zwei Situationen sind relevant. Die erste betrifft das Problem, dass Parteien mit verschiedenen Personalstatuten zusammenkommen, insbesondere etwa bei gemischtreligiöser Heirat. Manchmal werden auch solche Probleme durch objektive Anknüpfung gelöst. Der Indian Christian Marriage Act von 1872 etwa gilt ausweislich Section 4 schon dann, wenn nur eine Partei christlich ist. Wenn etwa ein Hindu und ein Christ in Indien heiraten, können sie nicht das Hindurecht wählen.[31] Anderswo dagegen können in Fällen gemischter Ehe die Parteien wählen, welcher religiösen Institution sie sich unterstellen, so zum Beispiel im Libanon.[32]

Ein zweiter Bereich der Rechtswahl besteht dort, wo Parteien das religiöse Recht abwählen können zugunsten eines umfassenden, für alle geltenden Rechts. In Indien stellte die britische Kolonialmacht schon 1872 gemischtreligiösen Paaren und solchen Ehepartnern, die sich von ihrer Religion lossagten, ein alternatives Ehegesetz zur Verfügung.[33] Das Nachfolgegesetz, der Special Marriage Act von 1954, steht allen Ehepaaren alternativ zu ihrem

---

[31] *In Re Kolakdaivelu,* 17 April 1916, (1917) ILR 40 Mad 1030; *J.Duncan M. Derrett,* If a Christian Woman Marries a Hindu Solely in a Hindu Ceremony of Marriage is She Entitled to an Order of Maintenance under Section 488 of the Criminal Procedure Code?, in: ders., Essays in Classical and Modern Hindu Law (Leiden 1978) 68–76; *V.C. Govindaraj,* The Conflict of Laws in India (New Delhi 2011) 87. Section 4 Indian Christian Marriage Act lautet: „any marriage between persons, *one or both of whom is or are a Christian or Christians,* …“ (Herv. d. Verf.).

[32] *Pierre Gannagé,* La 255enetration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, Rev.crit. DIP 81 (1992) 425–454, 437–448; vgl. *Basedow,* The Law of Open Societies (Fn. 2) 250 f.

[33] Zum Hintergrund *Perveez Mody,* The Intimate State: Love-Marriage and the Law in Delhi (New Delhi 2008).

religiösen Recht als säkulare Alternative zur Verfügung.[34] Weitergehend wird (wie schon in Art. 44 der Verfassung von 1949 angelegt) ein Uniform Civil Code gefordert, der die religiösen Rechte nicht bloß ergänzen, sondern sie ersetzen soll.[35] In Westthrazien, der letzten Bastion islamischen Rechts in Europa, hatten islamische Parteien schon früher die Möglichkeit, statt der Muftigerichte die staatlichen Gerichte anzurufen.[36] Ein neues Gesetz kehrt jetzt Regel und Ausnahme um: Nunmehr ist der Mufti nur dann zuständig, wenn die Parteien das vereinbaren.[37] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verhandelt zurzeit, ob die Anwendung islamischen Rechts *per se* diskriminierend ist.[38]

Bemerkenswerterweise ermöglicht es die personale Rechtsspaltung sogar Parteien in westlich-säkularen Staaten, indirekt religiöse Rechte zu wählen. Nach der Rom III-Verordnung ist zwar nur staatliches Scheidungsrecht wählbar,[39] wählbar ist aber wohl auch ein staatliches Recht mit personaler Rechtsspaltung. Das bedeutet, dass zwei Moslems, die wirksam indisches Recht wählen, damit den Teil des indischen Rechts wählen, der für Moslems gilt, und das heißt: islamisches Recht.[40]

c) Materiellrechtliche Einbeziehung

Das Verbot kollisionsrechtlicher Wahl wäre dann nicht besonders einschneidend, wenn man im Rahmen materieller Vertragsfreiheit ein religiöses Recht in den Vertrag einbeziehen könnte. Das ist im Prinzip unstreitig der Fall; die

---

[34] *T.S. Rama Rao,* Conflict of Laws in India, RabelsZ 23 (1958) 259–279, 266.

[35] *Archana Parashar,* Women and Family Law Reform in India – Uniform Civil Code and Gender Equality (New Delhi 1992); *Tanja Herklotz,* Dead Letters?, The Uniform Civil Code through the Eyes of the Indian Women's Movement and the Indian Supreme Court, VRÜ 49 (2016) 148–174.

[36] *Konstantinos Tsitselikis,* Old and New Islam in Greece: From Historical Minorities to Immigrant Newcomers (Leiden 2012) 367 ff. Zur (eingeschränkten) Kontrolle der Scharia-Gerichte durch die Ziviljustiz *Yüksel Sezgin,* Anwendung und Regulierung muslimischen Familienrechts in nichtmuslimischen Demokratien: Die Rolle der Ziviljustiz bei Scharia-Reformen, in: Normenkonflikte in pluralistischen Gesellschaften, hrsg. von Susanne Schröter (Frankfurt am Main 2017) 221 ff.

[37] Gesetz 4511/2018; vgl. *Apostolos Anthimos,* Sharia Law in Greece: Blending European Values with Islamic Tradition (2018), <http://conflictoflaws.net/2018/sharia-law-in-greece-blending-european-values-with-islamic-tradition>.

[38] EGMR – 20452/14 (*Molla Sali ./. Griechenland*).

[39] *Hannes Rösler,* Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung, RabelsZ 78 (2014) 155–192, 168; zu Problemen bei Mehrstaatern ebd. 183–185.

[40] Vgl. *Jan v. Hein,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7] (München 2018) Art. 4 EGBGB Rn. 248; *Rösler,* RabelsZ 78 (2014) 155, 168.

Rom I-Verordnung erwähnt die Möglichkeit sogar ausdrücklich in den Erwägungsgründen.[41] Indes stellen sich selbst hier zwei Probleme.

Das erste ist in der oben genannten *Shamil Bank*-Entscheidung angesprochen. Der Richter lehnte die materiellrechtliche Einbeziehung islamischen Rechts mit dem Hinweis ab, der Inhalt des islamischen Rechts sei in vielen Fragen ungeklärt. Insoweit, als religiöses Recht keine Letztinstanz hat, bleiben tatsächlich zu vielen Fragen mehrere Meinungen nebeneinander bestehen – „jeder Rechtsgelehrte hat Recht", wie es im islamischen Recht heißt. Hinzu kommt, dass im islamischen Recht die Ambiguität nicht nur toleriert, sondern sogar vorausgesetzt wird; „sicheres Wissen", so heißt es, „liegt allein bei Gott".[42] Der nichtislamische Richter ist indes kein Gelehrter des islamischen Rechts, er mag sich also weder kompetent noch berufen fühlen, einen Meinungsstreit zu entscheiden.

Das zweite Problem folgt aus der Trennung von Staat und Kirche. In den Vereinigten Staaten ist es nach dem First Amendment zur Verfassung staatlichen Stellen, also auch den Gerichten, verboten, zu spezifisch religiösen Fragen Stellung zu nehmen.[43] Erlaubt ist lediglich Rechtsprechung zu sogenannten „neutral principles of law", also aufgrund von „objective, well-established concepts of […] law familiar to lawyers and judges".[44] Ähnliches wird auch für das deutsche Recht vertreten.[45] Solche neutralen Prinzipien hat das religiöse Recht indes häufig nicht zu bieten. Als Konsequenz weigern sich Gerichte häufig, etwa jüdische Eheverträge auszulegen oder die Bezugnahme auf islamische Rechtsinstitute zur Kenntnis zu nehmen. Zwingend ist das nicht: Dass der Ehevertrag einer religiösen Rechtstradition entstammt, macht ihn noch nicht selbst zur Frage der Religion.[46] Spezifisch juridisches Recht ist nicht schon dadurch religiös, dass es religiösem Recht zugehört.[47]

---

[41] S. oben Fn. 26.

[42] Dazu *Thomas Bauer,* Die Kultur der Ambiguität – Eine andere Geschichte des Islams (Berlin 2011).

[43] *Michael A. Helfand,* When Judges Are Theologians: Adjudicating Religious Questions, in: Research Handbook on Law and Religion, hrsg. von Rex Ahdar (im Erscheinen).

[44] *Jones v. Wolf,* 443 U.S. 595, 603 (1979).

[45] *Christoph A. Stumpf,* Religiöse Normen im internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht, ZRP 1999, 205–209, 208.

[46] *Michael A. Helfand/Barak Richman,* The Challenge of Co-Religionist Commerce, Duke L.J. 64 (2015) 769–822.

[47] Dazu *Ralf Michaels,* Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung, in: Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung, hrsg. von Reinhard Zimmermann (Tübingen 2016) 39–102, 69 f.

2. *Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit*[48]

Solche Probleme machen staatliche Gerichte unattraktiv und Schiedsgerichte attraktiv. Freilich ist auch hier nicht alles unproblematisch.

a) *Religiöses Recht in der allgemeinen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*

Zunächst zur Wählbarkeit in der allgemeinen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Hier ist weitgehend anerkannt, dass Parteien religiöses Recht als anwendbares Recht wählen können.[49] Die dogmatische Grundlage ist nicht ganz klar. Nach Section 46(1)(a) des englischen Arbitration Act von 1996 etwa können die Parteien das anwendbare „law" wählen. Die Rechtsprechung versteht den Begriff „law" als das Recht eines Staates und schließt folglich religiöses Recht insofern von der Wählbarkeit aus.[50] Wählbar wird religiöses Recht lediglich nach Section 46(1)(b) als „other considerations", worunter auch nichtstaatliches Recht wie die UNIDROIT Principles oder eben auch religiöses Recht gefasst werden kann.[51] Das haben englische Gerichte sowohl für jüdisches als auch für schiitisches Recht bestätigt.[52] Als „other considerations" wird aber dem religiösen Recht sein Rechtscharakter genommen; zudem gilt es zusätzlich zum nach Section 46(1)(a) anwendbaren Recht, nicht an dessen Statt.

Anders ist es wohl nach dem UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, das die Wahl von „rules of law" zulässt. Man versteht den Begriff als Referenz auf nichtstaatliches Recht, was das religiöse Recht umfassen würde. Eindeutig ist das nicht. Traditionell bezog sich „rules of law" darauf, dass die Parteien nicht eine gesamte Vertragsordnung wählen mussten, sondern ihre Wahl auf einzelne Regeln des staatlichen Rechts beschränken können sollten. Bei den Verhandlungen zum Modellgesetz setzte sich die Ansicht durch, den Begriff darüber hinaus auf nichtstaatliches Recht zu erweitern, aber offenbar immer in der Annahme, dass dieses in Regelform existieren würde. So gesehen jedenfalls betrifft „rules of law" nicht jedes nichtstaatliche Recht und ist insbesondere hinsichtlich religiöser

---

[48] Dazu jetzt *Michael J. Broyde,* Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels: Religious Arbitration in America and the West (New York 2017).

[49] *Franziska Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Tübingen 2013) 208 (zum deutschen IPR); *Alfred Strauss,* Das rabbinische Schiedsgericht im Lichte des schweizerischen Rechts (Basel 2004) 95: Wählbarkeit jüdischen Rechts nach Art. 31 Abs. 3 des Konkordats.

[50] *Musawi v RE International* (UK) Ltd [2007] EWHC 2981 (Ch), No. 19, 22.

[51] *Musawi v RE International (UK) Ltd* [2007] EWHC 2981 (Ch), No. 22–24; vgl. *Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 176.

[52] *Soleimany v Soleimany* [1999] QB 785; *Musawi v RE International* [2008] 1 All ER (Comm) 607.

Rechte problematisch.[53] In diesem Sinne ist eine Rechtswahlklausel, die auf „Islamic rules of law“ verweist, unklar, ähnlich wie die Wahl eines „common law“ unklar wäre[54] – nicht weil es kein Islamisches Recht gäbe, sondern weil nicht klar ist, was genau seine Regeln sein sollen. Das Problem ist hier wie auch bei den Hague Principles, dass der Begriff „rules of law“ einen ausreichenden Grad an Präzision voraussetzt sowie dass die relevanten Regeln durch die Parteien und das Schiedsgericht ermittelt werden können.[55] Sieht man das so, bleibt nur eine Schiedsgerichtsbarkeit „ex aequo et bono“ nach Art. 28(3) UNCITRAL Modellgesetz, die freilich auch ausdrücklich vereinbart werden muss.

Nicht nur wegen dieser Unschärfe des religiösen Rechts spricht für Parteien vieles dafür, für einen religiösem Recht unterliegenden Vertrag auch einen Schiedsrichter der betreffenden Religionsgemeinschaft zu benennen. Die Frage ist, ob eine solche Auswahl des Schiedsrichters nach seiner Religionszugehörigkeit dem Diskriminierungsverbot widerspricht. Der englische Court of Appeal meinte, das sei der Fall.[56] Der Supreme Court sah es anders: Erstens sei der Schiedsrichter kein Angestellter und unterliege daher nicht der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG; zweitens könne es den Parteien gerade auf die speziellen Kenntnisse im religiösen Recht ankommen.[57] Das scheint im Ergebnis richtig, aber der Konflikt zeigt das Spannungsverhältnis zwischen dem Neutralitätserfordernis der Schiedsgerichtsbarkeit und dem religiösen Recht.[58]

b) Spezielle religiöse Schiedsgerichte

Neben der Handelsschiedsgerichtsbarkeit gibt es spezielle religiöse Schiedsgerichte – oder religiöse Gerichte, die sich als Schiedsgerichte qualifizieren, damit ihre Entscheidungen anerkannt werden. Im Familienrecht sind solche Schiedsgerichte unter Beschuss gekommen; der Vergleich zwischen Ontario und England ist instruktiv. In der kanadischen Provinz Ontario erlaubten der Family Law Act von 1990 und der Arbitration Act von 1991 Schiedsverfah-

---

[53] *Jens Adolphsen/Franziska Schmalenberg,* Islamisches Recht als materielles Recht in der Schiedsgerichtsbarkeit?, SchiedsVZ 2007, 57–64, 63.

[54] Siehe *Jabri v. Qaddura,* 108 S.W.3d 404, 408 (Tex. App. 2003) und die Diskussion bei *Mona Raffeq,* Rethinking Islamic Arbitration Tribunals: Are they Compatible with Traditional American Notions of Justice? Wis. Int'l L.J. 28 (2010) 108–139, 130–132.

[55] So ausdrücklich etwa *David M Caron/Lee M Caplan,* The UNCITRAL Arbitration Rules (Oxford 2013) 114: „[t]he term 'rules of law' arguably implies that a sufficient degree of precision exists and that such rules are ascertainable by the parties and tribunal."

[56] *Jivraj v Hashwani* [2010] EWCA Civ 712.

[57] *Jivraj v Hashwani* [2011] UKSC 4.

[58] *Sandrine Brachotte,* Intermingled Rationalities: Using Private International Law to Deal with an 'Unsolvable' Case?, in: Adjudication without Frontiers: The Global Turn in Private Internation al Law, hrsg. von Horatia Muir Watt u.a. (im Erscheinen).

ren auch im Familienrecht.[59] Als 2003 eine islamische Organisation sich als Schiedsinstitut für islamisches Familienrecht anbot, kam es zu Widerstand. Ein von der Regierung in Auftrag gegebenes Gutachten (der Boyd Report) empfahl 2004, islamischen Schiedsgerichten unter bestimmten Bedingungen die Zuständigkeit über Familiensachen zuzugestehen und ihnen zu erlauben, islamisches Recht anzuwenden.[60] Die Reaktion war so ablehnend, dass sich die Regierung genötigt sah, religiöse Schiedsgerichte in Familiensachen insgesamt zu verbieten.[61] Die Konsequenz war, dass auch jüdische Familienschiedsgerichte, die bis dahin unbehelligt gewirkt hatten, sich plötzlich mit einem Verbot konfrontiert sahen. Ontario reiht sich damit ein in die Reihe anderer Länder (wie auch Deutschland), die eine „Paralleljustiz" ablehnen.[62]

Etwas anders sind die Entwicklungen in England.[63] Nachdem der Erzbischof von Canterbury sich für die Idee einer Wahl religiösen Rechts in England offen gezeigt hatte,[64] wurde er heftig kritisiert.[65] Sogenannte Sharia Councils behandeln Fragen des Scheidungsrechts, immer innerhalb des Rahmens des englischen Rechts; kritisiert werden sie trotzdem.[66] Auch in England wurde ein Gutachten in Auftrag gegeben, das Anfang 2018 veröffentlicht wurde.[67] Es stellte fest, dass die Sharia Councils hauptsächlich von islamischen Frauen mit Scheidungsbegehren angerufen werden; diese Scheidungsverfahren können, falls die Eheschließung nicht nach staatlichem Recht erfolgt ist, nicht vor staatlichen Gerichten erfolgen.[68] Eine echte Wahl besteht also nicht. Dementsprechend empfiehlt das Gutachten, dass die islamische

---

59 Dazu und zum Folgenden auch *Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 129 ff.

60 *Marion Boyd,* Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusion (Toronto 2004).

61 Zur Diskussion etwa: Debating Sharia – Islam, Gender Politics, and Family Law Arbitration, hrsg. von Anna C. Korteweg/Jennifer A. Selby (Toronto 2012).

62 *Mathias Rohe/Mahmoud Jaraba,* Paralleljustiz (Studie im Auftrag des Landes Berlin, 2015); *Fabian Wittreck,* Religiöse Paralleljustiz im Rechtsstaat?, in: Ordnungen religiöser Pluralität: Wirklichkeit – Wahrnehmung – Gestaltung, hrsg. von Ulrich Willems/Astrid Reuter/Daniel Gerster (Frankfurt am Main 2016) 439 ff.

63 *Hötte,* Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 49) 165 ff.

64 *Rowan Williams,* Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective, Ecclesiastical Law Journal 10 (2008) 262–282.

65 Zur Diskussion: Islam and English Law, hrsg. von Robin Griffith-Jones (Cambridge 2013).

66 Siehe *John R. Bowen,* On British Islam – Religion, Law, and Everyday Practice in Shariʿa Councils (Princeton 2016); problematisch *Machteld Zee,* Choosing Sharia? – Multiculturalism, Islamic Fundamentalism and Sharia Councils (Den Haag 2016); Rezension beider Bücher: *Silke Elrifai,* International Journal of Constitutional Law 14 (2016) 1034–1038.

67 The Independent Review into the Application of Sharia Law in England and Wales (Februar 2018), abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/applying-sharia-law-in-england-and-wales-independent-review>.

68 Für Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage aber *Akhter v. Khan,* [2018] EWFC 54.

Heirat auch zivil registriert werden muss, dass islamische Frauen über ihre Rechte aufgeklärt werden sollen und – so jedenfalls die Mehrheit des Komitees – dass Sharia Councils besser reguliert werden sollen. Das englische Innenministerium hat bereits erklärt, der dritten Empfehlung nicht zu folgen, um nicht die Councils durch Regulierung aufzuwerten.

Auch wenn die Ergebnisse in Ontario und in England unterschiedlich sind, ist doch die Tendenz die gleiche: Islamische Schiedsgerichte werden auch deshalb abgelehnt, weil man davon ausgeht, dass sie die Wahlfreiheit einschränken und nicht erweitern. Befürchtet wird, dass Musliminnen faktisch zur Teilnahme gezwungen werden, ihnen also die Wahl staatlicher Stellen faktisch entzogen wird. In England würde die zwingende Registrierung der islamischen Ehe diese Wahlfreiheit für die Scheidung jedenfalls formal herstellen.

c) Anerkennung und Vollstreckung

Wenn man nicht soweit gehen will, Schiedsinstitutionen ganz zu verbieten, muss man, um ihre Bedeutung einzuschränken, ihnen die Anerkennung versagen. Das geschieht in der Tat. In einer Entscheidung des indischen höchsten Gerichtshofs ging es um eine *fatwa* und die Behauptung, das All Muslim Personal Law Board wolle ein paralleles muslimisches Rechtssystem in Indien errichten.[69] Das Gericht sah kein Problem, weil es kein Recht sah: *Fatwas* und Entscheidungen von Sharia-Gerichten haben keine Rechtskraft, weil ihnen im indischen Recht keine Rolle zukomme: Sie könnten im staatlichen Recht nicht durchgesetzt werden und seien daher zu ignorieren: „The reason not to enforce Islamic law and the decisions of sharia courts is not that they are not part of *Indian* law, but that they are not part of *any state's* law.“

In den Vereinigten Staaten bereitet das First Amendment in diesem Bereich weniger Schwierigkeiten. Wenn der Staat den Schiedsspruch eines religiösen Schiedsgerichts anerkennt und vollstreckt, zwingt er damit unter Umständen die unterlegene Partei dazu, religiösen Regeln zu folgen; das wird aber in der Regel nicht als Problem angesehen.[70]

---

[69] *Vishwa Lochan Madan v. Union of India,* (2014) 7 SCC 707. Zum Hintergrund siehe *Jeffrey A. Redding,* Secularism, the Rule of Law, and ‚Shari'a Courts': An Ethnographic Examination of a Constitutional Controversy, St. Louis Univ.L.J. 57 (2012) 339–376.

[70] *Michael Helfand,* The Future of Religious Arbitration in the United States: Looking Through a Pluralist Lens, in: Oxford Handbook of Global Legal Pluralism, hrsg. von Paul Schiff Berman (Oxford, im Erscheinen).

3. Statuswahl

a) Statuswahl als indirekte Rechtswahl

Die direkte Wahl religiösen Rechts ist also nur mit großen Einschränkungen möglich. Selbst dort, wo es auf religiöses Recht ankommt, ist das typischerweise Folge nicht subjektiver Rechtswahl, sondern objektiver Anknüpfung an die Religionszugehörigkeit.

Damit ist freilich ein Weg zur indirekten Rechtswahl aufgezeigt.[71] Die Konversion von einer Religion zur anderen impliziert die Abwahl des Rechts der alten und die Wahl des Rechts der neuen Religion. Insbesondere im Familienrecht kommt es nicht selten vor, dass eine Religion auch oder sogar bevorzugt nicht etwa aus Gründen des Glaubens gewählt wird, sondern deshalb, weil der Wählende eine bestimmte Rechtsfolge erlangen oder vermeiden will. In der jüngeren europäischen Geschichte ist das dort bekannt, wo die Religions- oder Konfessionsverschiedenheit ein Religionshindernis darstellt;[72] hier trat (und tritt) einer der Ehepartner der Konfession des anderen bei, um heiraten zu können.

In Rechtsordnungen, in denen große Teile des Familienrechts einem religiösen Recht unterliegen, sind die Anreize, die Religion aus Rechtsgründen zu wechseln, noch wesentlich größer. Zwei Beispiele aus Malaysia zeigen das, wie auch die damit verbundenen Probleme. In der Rechtssache *Lina Joy* konnte eine Muslimin wegen des Eheverbots der Religionsverschiedenheit einen Christen nicht heiraten. Ihren Übertritt zum Christentum durch Taufe wollten die staatlichen Gerichte freilich auch nicht anerkennen, solange die maßgeblichen islamischen Stellen nicht zustimmten.[73] Faktisch war ihr damit auch die indirekte Rechtswahl unmöglich, trotz der in der Verfassung garantierten Religionsfreiheit. Im *Indira Gandhi*-Fall trat ein Vater zum Islam über, um so nach islamischem Recht das Sorgerecht über seine Kinder zu erlangen. Nach einer Fülle widerstreitender Entscheidungen verschiedener Institutionen entschied das höchste malaysische Gericht Anfang 2018, die Entscheidung nur eines Elternteils, seine Kinder zum Islam zu konvertieren, sei unwirksam.[74]

---

[71] Vgl. allgemein zu indirekter Rechtswahl *Basedow,* The Law of Open Societies (Fn. 2) 305 ff.; *Marc-Philippe Weller/Nina Benz/Chris Thomale,* Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie, ZEuP 25 (2017) 250–282.

[72] *Markus Lang,* Das Eheverbot wegen Glaubensverschiedenheit, Die Entwicklung von den jüdisch-alttestamentlichen Rechtsgrundlagen bis in das Zweite Deutsche Kaiserreich (Münster 2004); *Susanne Ganster,* Religionsverschiedenheit als Ehehindernis, Eine rechtshistorische und kirchenrechtliche Untersuchung (Paderborn 2013).

[73] *Lina Joy v Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan* [2007] 3 Current Law Journal 557.

[74] *Indira Gandhi v. Pengarah Jabatan Agama Islam Perak u.a.,* Verb. Rs. Nr. 01(f)-17-06/2016 (A), 01(f)-18-06/2016 (A), 01(f)-19-06/2016 (A), <http://www.loyarburok.com/

b) Voraussetzungen und Nachweisprobleme

Verschiedene Religionen lassen es zu, dass der Einzelne sich zu ihnen bekennt. Die Voraussetzungen sind dabei allerdings unterschiedlich. Moslem etwa wird man sehr leicht, indem man sich (vor zwei Zeugen) zu Allah bekennt.[75] Jude zu werden, ist dagegen relativ schwierig; es erfordert neben der Beschneidung (für Männer) und einem rituellen Bad die Entscheidung eines Rabbis, dass der Gläubige ernsthaft und aus freien Stücken übertritt, Kenntnisse der jüdischen Religion hat und verspricht, den jüdischen Regeln entsprechend zu leben.[76]

Insoweit, als das Recht an die Religionszugehörigkeit anknüpft, ist eine solche Statuswahl also relevant. Allerdings ist ihre Anerkennung nicht unproblematisch. Ein Problem ist beweisrechtlich: Wie weist der Gläubige nach, dass er tatsächlich die Religion gewechselt hat? Zwei Methoden bieten sich an; der Übergang ist oft fließend. Nach der einen Methode ist die Wahl einer Religion notwendig auch die Wahl eines bestimmten Lebensstils. Danach muss der Richter überprüfen, ob die Partei tatsächlich entsprechend der jeweiligen Religion lebt. In Indien etwa versuchten britische Kolonialrichter teilweise, die Ernsthaftigkeit der Konversion vom Islam dadurch zu überprüfen, dass sie der betroffenen Person Schweinefleisch zum Verzehr vorlegten – lehnte er ab, konnte man ihm die Konversion nicht glauben.[77] Heute stellt man eher allgemein auf den Lebensstil ab. Eine andere Methode geht davon aus, dass „no court can gauge the sincerity of religious belief".[78] Hier muss also die ernsthafte Erklärung, man gehöre einer bestimmten Religion an, ausreichen. Auch das ist indes der Natur nach mehr als bloße Rechtswahl staatlichen Rechts, bei der ja ein Glaube an das gewählte Recht nicht verlangt wird.

Hinzu kommt, dass der Staat unter Umständen eigene Anforderungen an den Religionsübertritt stellt, die über diejenigen der Religion hinausgehen. In Israel erfolgt der Religionswechsel durch Benachrichtigung des Ministeriums

---

wp-content/uploads/2018/01/Grounds-of-Judgment-by-Zainun-Ali.pdf>; Zusammenfassung unter <http://www.loyarburok.com/2018/01/30/indira-gandhi-federal-court-decision-summary/>. Zum Hintergrund *Dian A.H. Shah,* Religion, Conversions, and Custody: Battles in the Malaysian Appellate Courts, in: Law and Society in Malaysia: Pluralism, Religion and Ethnicity, hrsg. von Andrew Harding/dies. (Abingdon 2018) 145.

[75] Zum soziologischen Hintergrund etwa *Monika Wohlrab-Sahr,* Konversion zum Islam in Deutschland und den USA (Frankfurt am Main 1999).

[76] *Menachem Finkelstein,* Conversion – Halakha and Practice (Ramat Gan 2006).

[77] *Mussammat Resham Bibi v. Khuda Baksh,* Indian Law Reports Lahore 19 (1938) 277, 279 (24 November 1937); *Rohit De,* The Two Husbands of Vera Tiscenko: Apostasy, Conversion, and Divorce in Late Colonial India, Law and History Review 28 (2010) 1011–1041, 1022 f.

[78] *Abdool Razack v. Aga Mahomed,* Indian Appeals 21 (1894) 56, 64.

für religiöse Angelegenheiten und darauffolgende Registrierung;[79] ob die alte Religion den Austritt anerkennt, ist dafür irrelevant. Über die Frage, ob das Kind einer jüdischen Mutter und eines islamischen Vaters jüdisch oder islamisch aufgezogen werden, sollen nicht die jeweiligen religiösen Gerichte entscheiden, sondern stattdessen das staatliche Gericht.[80] Allerdings bleiben die Gerichte der alten Religion zuständig für bereits entstandene Fragen von Heirat, Scheidung und Unterhalt, um zu verhindern, dass sich jemand durch Religionswechsel seinen Verpflichtungen entzieht. Im oben genannten *Indira Gandhi*-Fall stützte das höchste Gericht seine Entscheidung darauf, dass nach der malaysischen Verfassung beide Eltern der Konversion Minderjähriger zustimmen müssen, selbst wenn das nach islamischem Recht nicht erforderlich ist.

Umgekehrt kann der Staat den Religionswechsel aber auch dann anerkennen, wenn die Religion selbst ihn verweigert; das gilt insbesondere für den Austritt aus einer Religion. Wenn sich ein Moslem vom Islam lossagt, spricht der Grundsatz der Religionsfreiheit dafür, auf ihn nicht mehr islamisches Recht anzuwenden; das ist ein Grund für die Kritik an der oben genannten *Lina Joy*-Entscheidung.[81]

III. Die Wahl religiösen Rechts als Problem der Säkularisierung

Es hat sich gezeigt, dass die Wählbarkeit religiöser Rechte im geltenden Recht starken Beschränkungen unterliegt. Kollisionsrechtlich wählbar sind sie eigentlich nicht; selbst ihre sachrechtliche Einbeziehung in den Vertrag und ihre Wahl im Schiedsrecht sind problematisch. Soweit eine Wahlmöglichkeit besteht, ist sie beschränkt auf das Recht der eigenen Religion; relativ unproblematisch ist sonst nur die indirekte Wahl durch Konversion.

Dieses Ergebnis – dass nämlich Rechtswahlfreiheit und religiöses Recht einander entgegenstehen – lässt sich geschichtlich und theoretisch begründen. Geschichtlich gehen, jedenfalls in Europa, der Niedergang religiöser Rechte und der Aufstieg der Rechtswahlfreiheit parallel einher. Das ist kein Zufall, wie die historisch-theoretische Analyse zeigt.

---

[79] *Einhorn,* Private International Law in Israel (Fn. 30) 175, Nr. 449, mit Hinweis auf die Religious Community (Change) Ordinance.

[80] HCJ 238/57 Shoshana Mizrahi v. The Shari'a Court, Nazareth, 36(1) PD 377, zit. nach *Einhorn,* Private International Law in Israel (Fn. 30) 175, Nr. 446.

[81] *Michael J. Kirby,* Fundamental Human Rights and Religious Apostasy – The Malaysian Case of Lina Joy, Griffith L.Rev. 17 (2008) 151–182.

1. Vor der Säkularisierung

a) Westliche Welt

Ursprünglich ist alles Recht religiös[82] – jedenfalls soweit man solch problematische Begriffe wie Recht und Religion überhaupt in die Vormoderne hineintragen kann. Recht bildet sich innerhalb der Gemeinschaft, die gleichzeitig Kultgemeinschaft ist. Recht als normative Ordnung wird auf überirdische Quellen zurückgeführt und/oder durch Rituale bewirkt, die ihrerseits häufig kultischen Charakter haben. Die jüdische Religion bildet sich in durch und durch rechtlicher Form; hier ist eine strikte Trennung zwischen Recht und Religion fast unmöglich.[83] Auch der Islam bewirkt die geforderte Unterwerfung unter Gottes Willen durch spezifische rechtliche Gebote und gründet umgekehrt das Recht in dieser Unterwerfung. Unter den drei monotheistischen Religionen ist es im Grunde nur das Christentum, das eine Trennung zwischen (weltlichem) Recht und (geistlicher) Religion in das Zentrum rückt und die Überwindung des Rechts durch die Nächstenliebe fordert Andererseits sind auch die klassischen antiken Rechte mit der Religion verwoben, jedenfalls das griechische, vielleicht auch das römische Recht.[84]

Damit ergibt sich schon in der Antike die Notwendigkeit einer Form von Kollisionsrecht, das nicht nur interterritorial,[85] sondern auch interpersonal und damit auch interreligiös wirkt, wie es in einer Situation des Rechtspluralismus unabwendbar ist.[86] Aber es beruht weitgehend auf Fragen der Religionszugehörigkeit, also auf Status, nicht auf Rechtswahl.

Das ändert sich im Mittelalter nicht grundsätzlich. Zwar meint man bisweilen, die *professio iuris,* also die erklärte Zugehörigkeit zu einer (Rechts-)Gemeinschaft, ermögliche die Rechtswahl. Ihre Funktion ist aber wohl, jedenfalls im Ursprung, deklaratorisch.[87] Zur Rechtswahl wird die *professio* erst dann genutzt, als die Stammeszugehörigkeit als Anknüpfungsmoment ins-

---

[82] *Heinz Barta,* Graeca non leguntur?, Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland. Bd. I (Wiesbaden 2010) 180 ff.

[83] Dazu jetzt *Chaim Saiman,* Halakha: The Rabbinic Idea of Law (Princeton 2018).

[84] Umstritten insb. zum römischen Recht; siehe etwa *Dominique Gaurier,* Le droit romain modèle d'un droit sécularisé dès ses origins et qui resta, malgré une penetration de la pensée grecque, in: La religiosité du droit – Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique 35 (2013) 29–51.

[85] *Barta,* Graeca non leguntur? (Fn. 82) 345 ff.

[86] Siehe etwa zu Kollisionen in der römischen Provinz *Jacobine G. Oudshoorn,* The Relationship Between Roman and Local Law in the Babatha and Salome Komaise Archives: General Analysis and Three Case Studies on Law of Succession, Guardianship and Marriage (Leiden 2007); vgl. auch *Kimberley Czajkowski,* Localized Law: The Babatha and Salome Komaise Archives (Oxford 2017) 17 ff.

[87] Oben bei Fn. 13.

gesamt zweifelhaft geworden ist.[88] Betroffen ist hier eher der Übergang von der Personalität zur Territorialität als die Einführung der Rechtswahl als eigenständige Grundlage. Dumoulins späteres Gutachten im Fall *de Ganey,* das einige als Geburtsstunde der Rechtswahlfreiheit ansehen,[89] betrifft die Kollision von Ortsrechten. Kollisionen persönlicher Rechte werden nach objektiven Kriterien und häufig unter Zusammenschau von gerichtlicher Zuständigkeit und anwendbarem Recht gelöst. Das ist auch in der frühen Neuzeit so. Peter Oestmanns imposante Studie zu Zuständigkeitsstreitigkeiten und Instanzenzügen zwischen geistlichen und weltlichen Gerichten macht deutlich, dass solche Streitigkeiten häufig waren.[90] Die geistlichen Gerichte beanspruchten weitergehende Zuständigkeiten als heute, nicht nur im Ehe- und Erbrecht, sondern bis hinein in die Bereiche des Vertragsrechts. Mittelbar konnte man mit dem zuständigen Gericht also teilweise auch das anwendbare Recht wählen.

b) Osmanisches Reich

Anders verhielt es sich in spezifisch religiös angelegten Rechtsordnungen. Wichtig ist hier insbesondere die Position des islamischen Rechts vor allem in der Ausprägung, die es im osmanischen Recht erfuhr.[91] Nach traditionellem islamischem Verständnis ist zwar allein das islamische Recht das wahre Recht. Dessen ungeachtet wurde aber Andersgläubigen, die die notwendigen Steuern bezahlten, im Gegenzug die Freiheit zugestanden, ihre inneren Angelegenheiten selbst, und das hieß: nach ihrem eigenen Recht zu regeln.[92] In diesem Rahmen existierte offenbar durchaus eine begrenzte faktische Freiheit, das anwendbare Recht jedenfalls indirekt zu wählen. So nutzten etwa Christen und Juden in Palästina das islamische Rechtsinstitut des *waqf* als Stiftung, vielleicht weil dieses in einem islamischen Staat leichter durchzusetzen war als die äquivalenten Institute ihrer eigenen Rechtsordnung.[93] Problematischer war die Nutzung islamischer Gerichte durch Nichtmuslime.

---

[88] *Karl Neumeyer,* Die gemeinrechtliche Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus (München 1901).

[89] Das ist zweifelhaft; Darstellung der Diskussion bei *Yuko Nishitani,* Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht (Heidelberg 2000) 176–180. Siehe auch *Bertrand Ancel/Horatia Muir Watt,* Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin traduite en français, in: Mélanges Jacques Foyer (2008) 1.

[90] *Peter Oestmann,* Geistliche und weltliche Gerichte im Alten Reich – Zuständigkeitsstreitigkeiten und Instanzenzüge (Köln 2012).

[91] EGMR 13.2.2003 – 41340/98 u.a. (*Refah Patisi ./. Türkei*), Nr. 125.

[92] *Anver M. Emon,* Religious Pluralism and Islamic Law – Dhimmīs and Others in the Empire of Law (Oxford 2012).

[93] *Ron Shaham,* Christian and Jewish Waqf in Palestine During the Late Ottoman Period, Bulletin of the School of Oriental and African Studies 54 (1991) 460–472.

Das Problem ergab sich weniger aus Sicht des islamischen Rechts, das seine Gerichte durchaus auch Andersgläubigen offenhielt, sondern aus Sicht des jüdischen Rechts, das grundsätzlich die Nutzung nichtjüdischer Gerichte verbietet.[94] Häufig konnten die Rabbis aber nicht verhindern, dass Juden sich einvernehmlich einem islamischen Gericht unterstellten.[95] In solchen Fällen kam es zeitweise vor, dass das islamische Gericht vom jüdischen Gericht Rat einholte, gewissermaßen in einem Vorlageverfahren,[96] oder die Juden einen etwa nötigen Eid in ihrem eigenen Gericht schwören ließen.[97]

Dass so indirekt Nichtmoslems das islamische Recht wählten, ist nicht überraschend. Islamisches Recht fungierte quasi als Überrecht: es war das offizielle Recht des Staates, und das islamische Recht (anders als etwa das jüdische) hatte grundsätzlich einen umfassenden Geltungsanspruch. Überraschender ist, dass offenbar auch umgekehrt Moslems gelegentlich jüdische Gerichte nutzten. Teilweise erfolgte das für Rechtsstreitigkeiten mit Juden, insbesondere in Rücksichtnahme auf das eben genannte jüdische Verbot der Anrufung nichtjüdischer Gerichte.[98] Klug war das vielleicht nicht immer; von einem Rabbi in Aleppo wird berichtet, er habe zwischen jüdischem und islamischem Recht nach Möglichkeit immer dasjenige angewandt, das dem Juden günstig war.[99]

Alles in allem gab es zwar wohl keine echte kollisionsrechtliche Wahl fremden religiösen Rechts (weil Gerichte typischerweise entweder ihr eigenes Recht anwandten oder eben begrenzt das Recht der jeweiligen Religion), wohl aber eine begrenzte Wahl religiösen Rechts durch Gerichtsstandswahl.[100]

---

[94] *Rabbi Simcha Krauss,* Litigation in Secular Courts, Journal of Halacha and Contemporary Society 2 (1982) 35–53.

[95] Siehe etwa *Gideon Libson,* Jewish and Islamic Law: A Comparative Study of Custom During the Geonic Period (Cambridge, Mass., 2003) Kap. 4; *Uriel I. Simonsohn,* A Common Justice: The Legal Allegiances of Christians and Jews Under Early Islam (Philadelphia 2011) 174 ff.

[96] Vgl. zu einem modernen solchen Verfahren *Nils Jansen/Ralf Michaels,* Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts, ZZP 116 (2003) 3–55, 49–52 m.w.N.

[97] *Aryeh Shmuelevitz,* The Jews of the Ottoman Empire in the Late Fifteenth and the Sixteenth Centuries: Administrative, Economic, Legal, and Social Relations as Reflected in the Responsa (Leiden 1984) 47 ff.

[98] *Abraham Marcus,* The Middle East on the Eve of Modernity: Aleppo in the Eighteenth Century (New York 1989) 108 f. unter Hinweis auf Ephraim Laniado, einen jüdischen Richter des späten 18. Jahrhunderts.

[99] *Shmuelevitz,* Jews of the Ottoman Empire (Fn. 97) 46 f.

[100] *Edoardo Vitta,* The Conflict of Personal Laws, Part II, Israel Law Review 5 (1970) 337–351, 342.

c) Europäische Kolonien

Anders als im osmanischen Recht, wo es im Grunde kein nichtreligiöses Recht gab, verhielt es sich in den europäischen Kolonien, in denen westliches „säkulares" Recht in Kollision geriet mit lokalem „religiösem" Recht. Man muss hier unterscheiden zwischen zwei Grundtypen der Kolonialisierung. Nach dem insbesondere französischen Modell der Assimilierung war lokales Recht soweit wie möglich abzuschaffen zugunsten des französischen Rechts.[101] Insoweit lokale Rechte und Gerichtsbarkeiten aufrechterhalten wurden, wurde den Subjekten oft die Möglichkeit gegeben, die französischen Gerichte anzurufen und sich damit auch dem französischen Recht zu unterwerfen. Damit war die Abwahl des religiösen Rechts möglich und erwünscht. Der umgekehrte Weg, die Wahl religiösen Rechts, war dagegen nicht befürwortet.

Anders lag es typischerweise in den englischen Kolonien. Die Engländer folgten oft einem Modell der „indirect rule", wonach englisches Recht in seiner Anwendung auf Engländer beschränkt blieb und die Einheimischen sich selbst verwalten und ihrem eigenen Recht unterliegen sollten, freilich begrenzt – prozessual durch die Möglichkeit des „overruling" durch Kolonialgerichte, materiell durch die sogenannte „repugnancy clause." Hier war insofern die Rechtswahl relativ eingeschränkt. Stattdessen bildeten sich verschiedene Rechte heraus, so etwa in Indien ein Moslemrecht, ein Hindurecht, ein Christenrecht und so weiter, viele davon mehr koloniale Konstrukte als tatsächlich dem echten religiösen Recht entsprechend. Indirekt ließ sich hier das Recht durch Religionswechsel wählen.

2. Der säkulare liberale Staat

Mit dem Aufstieg des souveränen und später des liberalen Staates wandelt sich dieses Bild in zweierlei Hinsicht: Recht wird säkular, und echte Rechtswahl wird möglich. Es gilt zu zeigen, dass beide Entwicklungen miteinander verbunden sind.

a) Niedergang der religiösen Rechte

Die Geschichte des Niedergangs religiöser Rechte ist bekannt. Der moderne Staat geht nicht einfach nur als Sieger aus einem jahrhundertelangen Streit mit der Kirche hervor. Vielmehr zieht er seine Legitimation gerade auch daraus, dass er unter seinem Dach unterschiedliche Konfessionen zusammenbringen kann, interkonfessionelle Streitigkeiten schlichten kann (nicht zufällig entwirft Bodin die Idee des souveränen Staats unter der Erfahrung der französischen Religionskriege). Um das wirksam zu tun, muss der Staat reli-

---

[101] *Allan Christelow,* Muslim Law Courts and the French Colonial State in Algeria (Princeton, 1985).

giös neutral sein, was sich in unterschiedlichen Formen der Säkularisierung ausdrückt. Und er muss den Partikulargruppen im Staat, allen voran den Religionen, die Rechtsetzungsbefugnis entziehen und durch sein eigenes Rechtsetzungsmonopol ersetzen. Im Gegenzug gewährt er – als liberaler Staat – den Religionen die Religionsfreiheit, die aber in ihrer Rechtsetzungskompetenz beschränkt ist auf die inneren Angelegenheiten. Das ist leichter in Bezug auf das Christentum, das – zumal in seiner protestantischen Ausprägung – ganz weitgehend auf den privaten Bereich beschränkt ist. Es ist schwieriger gegenüber anderen Religionen, auf welche die christliche Tradition der Religionsfreiheit nicht passt.[102]

Der *säkulare Staat* akzeptiert daher kein religiöses Recht. Recht ist, in Folge der Säkularisierung, allein staatliches Recht, und staatliches Recht muss neutral sein gegenüber den verschiedenen Religionen (selbst wenn natürlich die Ausformung dieser Neutralität von Staat zu Staat unterschiedlich sein kann). Insofern ist das Rechtsetzungsmonopol des Staates eine direkte Konsequenz der Säkularisierung.[103]

Der *liberale Staat* verweist das religiöse Recht in die Privatsphäre und damit aus dem Recht hinaus. Der liberale Staat gewährt Religionsfreiheit, aber grundsätzlich nur insoweit, als die Religion in die Privatsphäre, das heißt insbesondere aus der Rechtsetzungskompetenz hinaus bewegt wird. Religiöses Recht ist hiernach allenfalls im Rahmen der allgemeinen liberalen Freiheiten wählbar, insbesondere der Vertragsfreiheit (im Gegensatz zur Rechtswahlfreiheit) und der Schiedsfreiheit. Die Trennung Staat/Kirche geht also über in die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Bereich.

b) Der Aufstieg der Rechtswahl

Ist also der säkulare und liberale Staat eine Errungenschaft der Neuzeit, so gilt das in noch stärkerem Maße für die Rechtswahl. Zwar können Parteien, wie oben gesehen, in gewissen Konstellationen das anwendbare Recht schon vorher bestimmen. Aber von echter freier Rechtswahl kann man vor dem 19., vielleicht sogar dem 20. Jahrhundert nicht sprechen. Was es gibt, sind lediglich die Stichwahl zwischen wenigen in Frage kommenden Rechten – so etwa

---

[102] *Alessandro Ferrari,* Religious Freedom and the Public-Private Divide: A Broken Promise in Europe?, in: Religion in Public Spaces (Fn. 6) 71–91. Siehe etwa *Kai Zähle,* Religionsfreiheit und fremdschädigende Praktiken: Zu den Grenzen des forum externum, AöR 134 (2009) 434–454. Der Begriff des *forum externum* ist ein spezifisch christlicher; seine Verwendung für die Interpretation der Religionsfreiheit ist daher gleichzeitig bezeichnend und problematisch.

[103] Grundlegend *Ernst-Wolfgang Böckenförde,* Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *ders.,* Der säkularisierte Staat – Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert (München 2007) 43–72; siehe auch etwa *Karsten Fischer,* Die Zukunft einer Provokation: Religion im liberalen Staat (Berlin 2009) 25; *Hans Michael Heinig,* Prekäre Ordnungen (Tübingen 2018).

bei der gemischtrechtlichen Ehe – und die Statuswahl, mit der sich der Wählende einer bestimmten Rechtsordnung als ganzer unterwirft. Die moderne Rechtswahl ist dezidiert anders. Sie ist, jedenfalls im Vertragsrecht, nicht bloße Stichwahl; gewählt werden können auch dritte Rechte. Und sie ist gerade nicht Statuswahl sondern echte Rechtswahl: Rechtswahl erfolgt für bestimmte Akte und Verträge, nicht für die gesamte Identität; gewählt wird ein Recht, nicht ein Status. Der Wählende unterwirft sich nicht einer Rechtsordnung, sondern genau andersherum unterwirft er die unterschiedlichen Rechte seiner eigenen Wahl.

Diese Rechtswahlfreiheit ist also jung. Sie entspringt zunächst der Vertragsfreiheit und damit einer dezidiert liberalen Idee: Wenn Parteien das zwischen ihnen Geltende frei vereinbaren können,[104] dann muss es ihnen insoweit auch freistehen, bestehende fremde Normen – staatliche oder religiöse – in ihren Vertrag einzubeziehen. Zu diesen Normen gehört im Prinzip auch das religiöse Recht. Erst später, seit Mancini, wird die Rechtswahl zum echten Anknüpfungsmoment, gleichgestellt mit anderen Momenten, insbesondere der Staatsangehörigkeit und der (territorialen) Souveränität.[105] Und noch später wird die Gleichstellung dadurch perfekt, dass die Rechtswahl sich auch gegenüber einfach zwingenden Normen durchsetzt (ohne dass diese völlig bedeutungslos geworden wären).[106]

c) Zusammenhang

Der Niedergang der religiösen Rechte geht also historisch einher mit dem Aufstieg der Rechtswahl. Vor der Säkularisierung ist das Recht religiös, aber nicht frei wählbar. Nach der Säkularisierung ist das Recht frei wählbar, aber nur insoweit es nicht religiös ist. Das ist kein Zufall. Die Rechtswahl ist vielmehr mit der Säkularisierung eng verbunden. Ihre Akzeptanz, so kann man sagen, setzte die Säkularisierung des Rechts geradezu erst voraus. Der Gegensatz zwischen Liberalismus und Religion ist nicht der zwischen Freiheit und Unfreiheit, aber es ist ein Gegensatz zwischen unterschiedlichen Freiheitsbegriffen.[107] Die Freiheit der Religion, sich einem bestimmten Glauben zu verschreiben, ist kategorial anders als die Freiheit des Liberalismus, zu tun, was man will und was einem nutzt. Denn die moderne Rechtswahl hat sich, wie oben angedeutet, von Fragen der Identität ganz weitgehend verab-

---

[104] Dazu *Sibylle Hofer,* Freiheit ohne Grenzen?, Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Tübingen 2001).

[105] *Yuko Nishitani,* Mancini, Pasquale Stanislao, in: Encyclopedia of Private International Law, hrsg. von Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio (Cheltenham 2017) 1194–1200, 1196–1198.

[106] Siehe *Ralf Michaels,* Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen, in: Liber Amicorum Klaus Schurig (München 2012) 191–210.

[107] Dazu hilfreich *Cécile Laborde,* Liberalism's Religion (Cambridge, Mass., 2017).

schiedet. Man kann es auch andersherum ausdrücken: Solange der Mensch durch seine religiöse Identität geprägt ist, gibt ihm diese Identität auch grundsätzlich das anwendbare Recht vor. Fällt nun diese Identität weg, so fehlt es auch an unmittelbarer normativer Bindung, und die Rechtswahl ist eine plausible Konsequenz. Der vielbeschriebene Übergang „from status to contract" wirkt sich hier auf die Rechtswahl aus. Rechtswahl ist eben nicht Identitätswahl.[108]

Somit sind auch Vorgaben für die Rechtswahlfreiheit impliziert. Damit Recht wählbar sein kann, muss es austauschbar sein. Das ist die wichtigste Begründung dafür, dass das moderne Kollisionsrecht grundsätzlich auf die Berufung des Rechts anderer Staaten beschränkt ist.[109] Diese Beschränkung auf gleichartige Rechte erklärt, warum auch die Rechtswahl traditionell nicht über staatliches Recht hinausgeht. Wo religiöses Recht staatlich ist, also etwa als das Recht von Saudi-Arabien, ist es demnach wählbar. Ist es nichtstaatlich, ist es dagegen andersartig und daher nicht wählbar.

Das momentane Interesse an der Wählbarkeit nichtstaatlicher Rechte ist allerdings mit dieser Austauschbarkeit nicht erklärbar. Es erklärt sich vielmehr daraus, dass die typischen nichtstaatlichen Rechte, also insbesondere *lex mercatoria* und UNIDROIT-Prinzipien, aus Sicht des liberalen Staates deshalb harmlos sind, weil sie ihrerseits liberale Prinzipien verkörpern. Für nichtstaatliches religiöses Recht gilt beides nicht. Formal ist es nichtstaatlich; inhaltlich ist es nicht liberal, insoweit als Liberalität mit Säkularität zusammenhängt. Das religiöse Recht muss schon deshalb andersartig sein, weil sich ja der liberale und säkulare Staat gerade gegenüber dem religiösen Recht definiert hat und weil sein Rechtsetzungsmonopol speziell gegen das religiöse Recht formuliert ist.

Das erklärt die Nichtwählbarkeit aus Sicht des liberalen Staates. Sie lässt sich aber auch aus Sicht des religiösen Rechts erklären. Insoweit, als das religiöse Recht Ausdruck der Religion ist, ist es selbstverständlich nicht austauschbar: es begründet sich in einer speziellen Bindung (*re-ligio*), die dem Recht (und der Identität) vorgeht. Das religiöse Recht kann akzeptieren, dass auf Andersgläubige das Recht einer anderen Religion Anwendung findet. Es kann sich aber schwerlich selbst zur freien Wahl stellen, ohne seinen spezifischen Charakter als religiöses Recht aufzugeben.

Folglich ist im säkularen Staat religiöses Recht nur im Rahmen der Religionsfreiheit anerkannt, und das bedeutet: als Religion, nicht als Recht. Damit scheidet das *nichtstaatliche* religiöse Recht einerseits als Objekt des Kolli-

---

[108] A.A. etwa *Jan Smits,* Nationaliteit en partijautonomie: een pleidooi voor gefragmenteerd burgerschap, in: Grootboek Gerard-René de Groot (Deventer 2016) 363–374.

[109] Siehe *Ralf Michaels,* The Re-State-Ment of Non-State Law – The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Wayne L. Rev. 51 (2005) 1209–1259.

sionsrechts aus; berufen werden kann nur staatliches Recht.[110] Andererseits steht es der Anwendung ausländischen *staatlichen* Rechts nicht entgegen, wenn dieses religiös geprägt ist. Der säkulare Staat kann sogar – in einem bestimmten Rahmen – das im fremden Recht vorgesehene religiöse Entscheidungsverfahren durch sein eigenes Verfahren ersetzen, wie es der BGH im Fall einer Scheidung nach iranischem Recht für zulässig erachtet hat.[111] Impliziert ist damit, dass das iranische Recht gerade nicht als (zwingend) religiös verstanden wird. Soweit das möglich ist, steht der Anwendung ausländischen religiös geprägten Rechts nicht der Grundsatz der religiösen Neutralität entgegen. Es geht also hier weniger darum, wie viel Eigenregelungsmacht der Religion im Rahmen der Religionsfreiheit zusteht,[112] als eher darum, inwieweit das religiös geprägte staatliche Recht als staatliches Recht angesehen werden kann.

3. Der postsäkulare Staat

Nun leben wir aber in einem postsäkularen Zeitalter, in dem die Trennung der Gesellschaft in einen öffentlichen (staatlichen) und einen privaten (auch religiösen) Bereich nicht mehr gilt und in dem die Religion in den öffentlichen Raum eindringt. Zwei Begriffe der Postsäkulare lassen sich ausmachen. Den ersten hat insbesondere Habermas entwickelt.[113] Er versteht unter einer postsäkularen Gesellschaft eine solche, die die Religion nicht nur duldet, sondern ihr sogar eine wichtige Rolle in der Gesellschaft zugesteht, freilich von der Religion umgekehrt fordert, das Recht und die Menschenrechte zu achten. Dialog zwischen Staat und Religion, so Habermas, ist möglich und nötig, freilich nicht ohne Übersetzung zwischen der partikular-religiösen Sprache einerseits und der allgemein-rationalen Sprache andererseits, die Politik und Philosophie beherrscht. Während in einer rein säkularen Gesellschaft solche Positionen lediglich wie beliebige Meinungsäußerungen behandelt würden, muss die postsäkulare Gesellschaft davon ausgehen, dass die Positionen von Religionen ihrerseits als solche ernstgenommen werden müssen. Das heißt zum ersten, dass ihr spezifisch religiöser Charakter einerseits nicht aufgelöst werden kann, andererseits aber ihr Anspruch auf Beitrag zum Diskurs nicht

---

110 BGH 12.12.1979 – IV ZB 65/79, NJW 1980, 1221.

111 BGH 6.10.2004 – XII ZR 225/01, NJW-RR 2005, 81.

112 So aber etwa *Stumpf,* ZRP 1999, 205, 207 f.

113 *Jürgen Habermas,* Glauben und Wissen (Frankfurt am Main 2001); vgl. auch *ders.,* Politik und Religion, in: Politik und Religion – Zur Diagnose der Gegenwart, hrsg. von Friedrich Wilhelm Graf/Heinrich Meier (München 2013); „Ein Bewußtsein von dem, was fehlt“: Eine Diskussion mit Jürgen Habermas, hrsg. von Michael Reder/Josef Schmidt (Frankfurt am Main 2008). Aus der Diskussion siehe etwa: Postsäkularismus: Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs, hrsg. von Matthias Lutz-Bachmann (Frankfurt am Main 2015); *Martin Breul,* Religion in der politischen Öffentlichkeit (Paderborn 2015).

bloß als partikulare Stellungnahme marginalisiert werden kann. Es heißt zweitens, dass die Religionen zur politischen Diskussion etwas Eigenständiges beizutragen haben, das der säkularen Politik und Philosophie fehlt.

Während also einerseits Habermas die Religion aus der privaten in die öffentliche Sphäre überführt, stellt ein zweites Verständnis der Postsäkulare, dasjenige von Talal Asad, die Differenz von Religion und liberalem Staat insgesamt in Frage. Säkularisierung ist demnach nicht Überführung von Bereichen der Religion in diejenigen der Politik, sondern vielmehr eine Durchdringung beider Kategorien: die Religion wird auch staatlich, der Staat wird auch religiös. Das Verhältnis zwischen Staat und Religion ist also nicht, wie bei Habermas, dasjenige zwischen einem neutralen Universaldiskurs auf der einen Seite und einem Partikulardiskurs auf der anderen, sondern eines zwischen zwei Partikulardiskursen. Man kann das etwa am Streit zum muslimischen Gesichtsschleier gut beobachten: Sowohl das Schleiergebot des islamischen Rechts als auch das Schleierverbot des liberalen Staats sind Kleidungsvorschriften, die die Freiheit der Frau einschränken.

Was folgt für die Rechtswahl? Übersetzt man Habermas in das Recht, so muss man, anders als aus liberal-säkularer Sicht, grundsätzlich bereit sein, auch religiöses Recht als Recht anzuerkennen.[114] Übersetzt man Asad in das Recht, so wird die grundsätzliche Inkommensurabilität zwischen Staat und Religion fraglich, die der Wählbarkeit religiösen Rechts im liberal-säkularen Recht entgegensteht. Beides zusammen spricht dafür, die Wählbarkeit religiösen Rechts wenigstens zu erwägen.

IV. Folgerungen

Was soll der Rechtsetzer mit dieser Analyse anfangen? Er erkennt, dass die klassische liberale Rechtswahl mit dem religiösen Recht inkompatibel ist. Recht kann religiös sein, oder es kann Objekt der freien Rechtswahl sein, aber nicht beides zugleich. Wenn das stimmt, ist die freie Wahl religiösen Rechts ausgeschlossen. Rechtswahl ist nur auf andere Art und Weise möglich. Drei Möglichkeiten sollen hier skizziert werden.

1. Wahl des Rechts der eigenen Religion

Eine erste mögliche Form der Rechtswahl betrifft die von der Wohlfahrtspartei geforderte Wahl des Rechts der eigenen Religion, während die Wahl des Rechts einer fremden Religion ausgeschlossen bleibt.[115]

[114] Siehe *Michaels,* Religiöse Rechte und postsäkulare Rechtsvergleichung (Fn. 47) 60 f.

[115] Siehe zum ägyptischen Kassationshof *Maurits Berger,* Public Policy and Islamic Law: The Modern Dhimmī in Contemporary Egyptian Family Law, Islamic Law and Society 8 (2001) 88–136, 112.

Während der säkulare Staat, der die Religion auf den Privatbereich reduziert, eine solche Wahl nicht zulassen kann, sollte der postsäkulare Staat diese Möglichkeit nicht von vornherein ausschließen. Die Erlaubnis, religiöses Recht, unter Umständen auch religiöse Streitentscheidungsinstitutionen, zu wählen, bedeutet nicht bloß eine Reduktion des staatlichen Rechts. Sie ermöglicht es umgekehrt, das gewählte religiöse Recht unter die Kontrolle säkularrechtlicher Grundprinzipien zu stellen, also insbesondere Grundrechte wie die Gleichberechtigung und rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze. Religiöses Recht und religiöse Schiedssprüche unterliegen, auch wenn man sie anerkennt, der Kontrolle durch den *ordre public,* eingeschlossen die Menschenrechte. Insoweit lassen sich die Erfahrungen mit der Anwendung des islamisch geprägten Rechts mehrheitlich muslimischer Staaten[116] auf die Anwendung nichtstaatlichen religiösen Rechts übertragen. Ein Vorteil der Anerkennung liegt darin, dass der Staat im Gegenzug auf den Inhalt der religiösen Schiedsgerichtsbarkeit Einfluss nehmen kann. Insofern bildet der Boyd Report in Ontario im Prinzip ein vielversprechendes Modell von Seiten des Staates. Umgekehrt gibt es innerhalb der wichtigsten Religionen Strömungen, die das religiöse Recht mit den Grundrechten vereinbar machen wollen. Es bedeutet keinen unbotmäßigen Eingriff in die Selbstorganisation einer Religion, wenn man die Wählbarkeit ihres Rechts und die Anerkennung der Entscheidungen ihrer Institutionen von Voraussetzungen abhängig macht.

2. *Statuswahlfreiheit*

Soweit die Religionszugehörigkeit als Anknüpfungsmoment anerkannt wird, besteht eine zweite Möglichkeit der Rechtswahl in indirekter Form in der Statuswahl: Indem man sich zu einer Religion bekennt, wählt man indirekt auch deren Recht. In anderen Bereichen erlaubt das geltende IPR an mehreren Stellen die indirekte Rechtswahl durch Statuswahl. Das wichtigste Beispiel ist die Wahl des anwendbaren Gesellschaftsrechts durch Satzung und Registrierung. Solch eine Statuswahl ist auch mit der Wahl religiösen Rechts möglich. Freilich setzt sie eben voraus, dass der Wählende die Zugehörigkeit zu einer Religion wählt und nicht nur deren Recht. Deshalb dürfte es zu weit gehen, die Religionsfreiheit so extensiv auszulegen, dass sie zur verkappten Rechtswahlfreiheit wird.

Die Religionszugehörigkeit als solche ist nun im Prinzip eine Frage, die Religionen selbst regeln; der Staat hat hier nur begrenzte Eingriffsmöglich-

---

[116] Etwa *Nadjma Yassari,* The Application of Iranian Succession Law in German Courts and Its Compatibility with German Public Policy, in: Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts, hrsg. von Jürgen Basedow/ders. (Tübingen 2004) 35–49; *Peter Scholz,* Ordre Public, Menschenrechte und Scharia, in: Beiträge zum Islamischen Recht VII: Islam und Menschenrechte (Frankfurt am Main 2010) 477–498.

keiten. Andererseits ist der Staat nicht streng an die Kriterien gebunden, die die Religion selbst anlegt. So kann er für Fragen der Rechtsanwendung einerseits höhere Anforderungen stellen als die Religion selbst. Er kann etwa vom Konvertiten zum Islam fordern, dass dieser seine Religionszugehörigkeit auch durch seine Lebensweise nachweist, selbst wenn aus Sicht des Islams die bloße Anerkennung Allahs genügt.[117] Andererseits kann der Staat aber auch den Religionsübergang erleichtern. Das mag insbesondere im Rahmen der Religionsfreiheit erforderlich sein.

3. Wahl religiösen Rechts als säkularen Rechts

Drittens schließlich ist es auch nicht undenkbar, die Wahl religiöser Rechte insgesamt zu eröffnen, also etwa auch dem Christen das jüdische und dem Atheisten das islamische Recht zur Wahl anzubieten. Ohne Religionswechsel ist das freilich nur dann akzeptabel, wenn man das religiöse Recht seines religiösen Charakters enthebt und als säkulares Recht versteht.[118] Für staatliches Recht ist das selbstverständlich: auch Nichtmuslime können etwa das Recht Saudi-Arabiens wählen – eben weil es aus Sicht des IPR als staatliches, nicht als religiöses Recht verstanden wird. Ähnliches gilt im Bereich nichtstaatlichen religiösen Rechts. So sind etwa die Finanzprodukte der Islamic Finance selbstverständlich auch für Nichtmuslime zugänglich.

Soll das Gleiche für religiöse Rechte gelten – vorausgesetzt man beschränkt die Rechtswahlfreiheit nicht grundsätzlich auf staatliches Recht? Ermittlungsschwierigkeiten wie im Fall *Shamil Bank*[119] lassen sich im Einzelfall behandeln; pauschal begründen sie die Nichtwählbarkeit nicht. Inhaltliche Probleme, etwa die Diskriminierung nach dem Geschlecht, lassen sich im Rahmen der *ordre public*-Prüfung lösen. Institutionelle Fragen, etwa die notwendige Mitwirkung eines Geistlichen, können manchmal durch Substitution beantwortet werden: Wenn Parteien jüdisches Recht gewählt haben, kann man davon ausgehen, sie seien auch mit der Mitwirkung des deutschen Richters anstelle des Rabbis einverstanden.

Das Hauptproblem dürfte in der Voraussetzung der Neutralität liegen, die etwa auch die Hague Principles aufstellen.[120] Diese Neutralität ist eine formale, die sich aus der Säkularisierung erklärt. Staatliches Recht ist neutral, weil es die interreligiösen Differenzen gewissermaßen transzendiert. Religiöses Recht ist aus ebendiesem Grund nicht neutral. Aus Sicht der Postsäkularen ginge es darum, diesen Begriff der Neutralität neu zu formulieren. Einerseits kann er auch dem religiösen Recht zustehen, das nicht nur persönlichen Glau-

---

[117] Zu solchen Beweisfragen etwa *Bruno Menhofer,* Religiöses Recht und internationales Privatrecht (Heidelberg 1995) 160–163.

[118] Vgl. *Erik Jayme,* Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten (Heidelberg 1999) 13 f.

[119] Oben Fn. 15.

[120] Oben Fn. 28.

ben ausdrückt sondern – insofern wie der Staat – eine „gemeinsame Sache" ausdrückt.[121] Andererseits würde es helfen, stärker in den Blick zu nehmen, dass die Neutralität des liberalen Staates ihrerseits bestimmte Werte ausdrückt und dieser insofern gerade nicht vollständig neutral ist. Unter diesen Voraussetzungen wäre die allgemeine Rechtswahl religiösen Rechts mit einem liberalen Verständnis von Recht, IPR und Rechtswahl zu vereinbaren, wie es *Jürgen Basedow* in seiner Haager Vorlesung in beeindruckender und umfassender Weise entwickelt hat.[122]

[121] *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg,* Der Mythos vom neutralen Staat, JZ 2007, 12–18, 16–18.

[122] Oben Fn. 2.

Mehr Freiheit wagen im Kollisionsrecht

Zur Zulässigkeit von *floating choice-of-law clauses* im Wirtschafts-, Familien- und Erbkollisionsrecht der Europäischen Union

Hannes Rösler

I. Einleitung

Unter der Flagge des Unionsrechts hat sich die Parteiautonomie mehr als jemals zuvor zum Maßstab für das Auffinden des auf internationale Sachverhalte anwendbaren Rechts entwickelt. Die Parteiautonomie ist nicht mehr ein Kompromiss des Gesetzgebers.[1] Vielmehr hat die Legislative den rechtsgestaltungswilligen Praktikern mit der vorrangigen subjektiven Anknüpfung die Befugnis in die Hand gelegt, das ihnen passend erscheinende Recht selbst

---

[1] *Gerhard Kegel/Klaus Schurig,* Internationales Privatrecht⁹ (München 2004) § 18 I 1 c (S. 653): „Verlegenheitslösung“; zum modernen Ursprung s. *André Aloys Wicki,* Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht (Winterthur 1965); *Peter Nygh,* Autonomy in International Contracts (Oxford 1999) 3 ff.

festzulegen.[2] Anstelle des „objektiven" Willens des Gesetzgebers können die Parteien häufig am besten selbst entscheiden, welches Recht für ihre Privatrechtsverhältnisse am geeignetsten ist.[3]

Deshalb fungiert die subjektive Anknüpfung in *sämtlichen* von der Europäischen Union erlassenen Kollisionsrechtsakten vorrangig gegenüber der objektiven Bestimmung des Rechts aufgrund der engsten Verbindung zum Sachverhalt: Rechtswahlmöglichkeiten eröffnen Art. 3 Rom I-VO, Art. 14 Rom II-VO, Art. 5 Rom III-VO, Art. 15 EuUnthVO i.V.m. Art. 7 f. HUnthProt und Art. 22 EuErbVO. Eine Rechtswahl gestattet auch das neue Internationale Güterrecht in Art. 22 EuGüVO bzw. EuPartVO, das auf Eheschließungen bzw. Verpartnerungen und Rechtswahlen ab dem 29.1.2019 Anwendung findet.[4] Damit besteht fraglos ein Grundkonsens über die Sinnhaftigkeit des Instituts der Rechtswahl, aber auch Unsicherheit über dessen Grenzen und – hier interessierend – dessen Flexibilität, was im Folgenden anhand der *floating choice-of-law clause* aufgezeigt werden soll.[5] Im Einzelnen wird ausgelotet, ob und inwieweit die *floating clause* im Wirtschafts-, Familien- und Erbkollisionsrecht der Europäischen Union zulässig ist. Damit geht es um einen Teilaspekt des Komplexes der Privat- und Parteiautonomie im europäischen Kontext. Dies stellt *das* Schlüsselthema im Werk von *Jürgen Basedow* dar, dem diese Zeilen in Dankbarkeit gewidmet sind.

II. Prinzip der beschränkten Rechtswahl

Im Einzelnen sind bei der Ausgestaltung der Parteiautonomie beträchtliche Unterschiede auszumachen. Das überrascht wenig, denn die verschiedenen, im Zuge des Vertrages von Amsterdam aus dem Jahr 1997 erlassenen Rechtsakte decken denkbar unterschiedliche Bereiche ab.[6] Sie reichen vom binnen-

---

[2] Vgl. Erwgr. 11 der Rom I-VO: „einer der Ecksteine des Systems der Kollisionsnormen".

[3] Zu entsprechenden Effizienzgründen s. *Jürgen Basedow,* Lex mercatoria and the Private International Law of the Contract, in: An Economic Analysis of Private International Law, hrsg. von Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono (Tübingen 2006) 57–71; *Giesela Rühl,* Statut und Effizienz – Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts (Tübingen 2011) 39 ff., 77 ff.; *dies.,* The Problem of International Transactions: Conflict of Laws Revisited, J.Priv.Int.L. 6 (2010) 59–91.

[4] Art. 69(3) EuGüVO/EuPartVO.

[5] Dabei bleibt die Rechtswahl im autonomen deutschen IPR außer Betracht, so z.B. das Internationale Namensrecht (Art. 10 Abs. 2 EGBGB), das Ehewirkungs- und Güterrechtsstatut (Art. 14 Abs. 2–4, Art. 15 Abs. 2, 3 EGBGB) und das alte Internationale Erbrecht (Art. 25 Abs. 2 EGBGB a.F.).

[6] Zu Systemfragen *Jürgen Basedow,* Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union – Eine einleitende Orientierung, in: Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, hrsg. von Giesela Rühl/Jan von Hein (Tübingen 2016) 3–23; *Giesela Rühl/Jan von Hein,* Towards a European Code

marktaktivierenden Vertragskollisionsrecht, also dem Vorreiter der europäischen IPR-Vereinheitlichung,[7] über das außervertragliche IPR bis hin zur Frage, welches Recht auf wichtige Aspekte des Ehelebens (ausgenommen die Eheschließung selbst) und den eigenen Nachlass anwendbar sein soll.

Auch ansonsten ist das europäische Kollisionsrecht bekanntlich weniger homogen als Praxis und Wissenschaft erwarten dürften: Die EuErbVO gilt von Beginn an (also schon vor einem Brexit) nicht im Vereinigten Königreich, in Irland und in Dänemark. Noch stärker „hinkend“[8] stellt sich die Vereinheitlichung bei der Rom III-VO, EuGüVO und EuPartVO dar: Nur im Verfahren einer Verstärkten Zusammenarbeit konnte jeweils die hier erforderliche Einstimmigkeit erreicht werden. Die genannten drei Rechtsakte gelten damit allein in 17 bzw. 18 Mitgliedstaaten. Außerdem bleibt das Verhältnis von Unions- und Völkerrecht schwierig.[9] Das EU-IPR schwankt zwischen Kooperation, insbesondere im Familienrecht, und *forum shopping*-begünstigender Rivalität – v.a. beim Internationalen Straßenverkehrsrecht,[10] aber auch beim Internationalen Produkthaftungsrecht.[11]

Angesichts der unzweifelhaft stark sachrechtlich determinierten Komplexitäten ist es kein Wunder, dass die Parteiautonomie denkbar unterschiedliche Ausgestaltungen fand. Selbst *innerhalb* des Prototyps der IPR-Vereinheitlichung, also der Rom I-VO, bestehen Unterschiede, wenn man sich die Schutzmechanismen vor Augen führt:[12] Die Parteien von Verbraucher- und Arbeits-

---

on Private International Law?, RabelsZ 79 (2015) 701–751; *Heinz-Peter Mansel,* Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeine[r] Teil des europäischen Kollisionsrechts, in: Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? – Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR, hrsg. von Stefan Leible/Hannes Unberath (Jena 2013) 241–292.

[7] Römisches Übereinkommen vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ), konsolidierte Fassung ABl. 2005 C 334/1, das nur noch in Dänemark gilt.

[8] *Klaus Schurig,* Eine hinkende Vereinheitlichung des internationalen Ehescheidungsrechts in Europa, in: FS Bernd von Hoffmann (Bielefeld 2011) 405–414.

[9] So auch *Jürgen Basedow,* EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz – Ein schwieriges Verhältnis, IPRax 2017, 194–200.

[10] Haager Übereinkommen vom 4.5.1971 über das auf Straßenverkehrsunfälle anzuwendende Recht; Kritik bei *Wolfgang Wurmnest,* Die Rom II-VO in der deutschen Rechtspraxis: Bestandsaufnahme und Reformüberlegungen, ZVglRWiss 115 (2016) 624–649, 632 f.

[11] Haager Übereinkommen über das auf die Produkthaftung anwendbare Recht vom 2.10.1973.

[12] *Giesela Rühl,* Der Schutz des „Schwächeren“ im europäischen Kollisionsrecht, in: FS von Hoffmann (Fn. 8) 364–377, 371 f.; *Eva-Maria Kieninger,* Der Schutz schwächerer Personen im Schuldrecht, in: Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (Fn. 6) 307–335; *Stefania Bariatti,* Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible, in: Le règlement communautaire „Rome I“ et le choix de loi dans les contrats internationaux, hrsg. von Sabine Corneloup/Natalie Joubert (Paris 2011) 325–339.

verträgen können gemäß Art. 6(2), 8(1) Rom I-VO jede Rechtsordnung wählen. Bei Personenbeförderungs- und Versicherungsverträgen sind die wählbaren Rechtsordnungen dagegen durch Art. 5(2) UAbs. 2 und Art. 7(3) Rom I-VO beschränkt. Dafür besteht aber kein Günstigkeitsvergleich. Das verhält sich bei Verbraucher- und Arbeitsverträgen bekanntlich anders. Hier wird dem entscheidenden Gericht ein Rechtsvergleich abverlangt („law mix").[13] Somit werden die zwingenden Bestimmungen des für die (typisiert) schwächere Partei günstigeren Rechts angewandt. Nimmt man noch die Verordnung zum IPR des außervertraglichen Schuldrechts hinzu, stößt man auf die ansonsten unbekannte Beschränkung, dass speziell eine *anfängliche* Rechtswahl nach Art. 14(1) lit. b Rom II-VO durch eine „frei ausgehandelte Vereinbarung" (was nach richtiger Ansicht ein Rechtswahl in AGB ausschließt)[14] allein kommerziell tätigen Parteien eröffnet ist.[15] Für Verbraucher und Arbeitnehmer existiert im Geltungsbereich der Rom II-VO dagegen kein Sonderkollisionsrecht mitsamt Günstigkeitsvergleich.

Das Prinzip einer eben nur *beschränkten* Rechtswahl gilt in besonderem Maße im Familien- und Erbrecht. Der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen und die Formfreiheit bei der Rechtswahl sind hier eingeschränkt. Im Internationalen Familienrecht weisen die als wählbar vorgegebenen Rechtsordnungen einen mehr oder weniger engen Bezug zum Rechtsverhältnis auf – sei es durch den gemeinsamen Aufenthalt oder (weiterhin) die Staatsangehörigkeit.[16] Speziell im Erbrecht ist die Wahl besonders beschränkt: auf das Recht des Staates oder der Staaten,[17] dem bzw. denen der Erblasser angehört. Damit vermag der Erblasser die Rechtslage vor der EuErbVO wiederherzustellen, d.h. so wie sie in Deutschland bei objektiver Anknüpfung unter Art. 25 Abs. 1 EGBGB a.F. galt.[18]

In der Summe erweist sich die Herrschaft der Rechtswahl auf den „Vereinheitlichungsinseln"[19] des EU-IPR beileibe als nicht so frei, wie es zunächst scheint. Nicht einmal „in ihrem Stammgebiet" des Internationalen Schuldver-

---

[13] *Jürgen Basedow,* Hundert Jahre Rechtsvergleichung – Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung, JZ 2016, 269–280, 278.

[14] *Giesela Rühl,* in: Beck-Online Großkommentar (München, Stand 2017) Art. 14 Rom II-VO Rn. 69; *Wolfgang Wurmnest,* in: juris Praxiskommentar BGB, Bd. VI: Internationales Privatrecht[8] (Saarbrücken 2017) Art. 14 Rom II-VO Rn. 23.

[15] Anders Art. 3(2) Rom I-VO und Art. 5(2) Rom III-VO: „jederzeit".

[16] *Sabine Corneloup,* Grundlagen der Rechtswahl im Familien- und Erbrecht, in: Die Wahl ausländischen Rechts im Familien- und Erbrecht, hrsg. von Andreas Roth (Baden-Baden 2013) 15–32, 18, 23.

[17] Zu den Doppel- und Mehrstaatern s. Art. 22(1) Satz 2 EuErbVO.

[18] Die EuErbVO erklärt dazu in Erwgr. 38 Satz 2, dass nicht nur eine hinreichende Verbindung zum anwendbaren Recht gesichert werden soll, sondern es gilt, die „berechtigten Erwartungen der Pflichtteilsberechtigten" nicht zu vereiteln.

[19] *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner,* Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses, IPRax 2013, 1–36, 1.

tragsrechts hat sich die Rechtswahlfreiheit „wirklich universell durchgesetzt" – wie *Jürgen Basedow* feststellt.[20] Der in allen IPR-Verordnungen anzutreffende Baustein der subjektiven Anknüpfung ist je nach betroffenem Bereich recht unterschiedlich konturiert. Diese Differenzen bei den Standardfällen der Rechtswahl machen schon vorab deutlich, dass es bei der hier interessierenden *floating choice-of-law clause* keine pauschale Antwort hinsichtlich ihrer Zulässigkeit geben kann. Somit muss je nach Rechtsakt und Regelungsgegenstand differenziert werden.

III. Definition der *floating choice-of-law clause*

Unter einer *floating choice-of-law clause* versteht man eine bedingte Rechtswahl.[21] Das anwendbare Recht hängt also vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung ab. Dabei kann es sich um die Einreichung einer Klage, einen tatsächlichen Umstand oder aber auch um die Ausübung eines Optionsrechts handeln. Das Optionsrecht zur Bestimmung des anwendbaren Rechts kann beiden oder auch nur einer Person eingeräumt oder gar einem Dritten oder dem Los überlassen werden.[22] Besonders interessieren Klauseln, die schlicht das materielle Recht des angerufenen Gerichts zur Anwendung bringen. Diese potenziell beiderseitig bestehende Option wird mit der Einreichung einer Klage ausgeübt, wodurch sich dann das anwendbare Recht konkretisiert.

Verbreitet sind Klauseln, die eine Rechtswahl mit einer Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsvereinbarung verknüpfen: Alternativ soll dann bei Klage in England englisches Recht und umgekehrt bei Klage in Deutschland deutsches Recht gelten.[23] Im Jahrgang 1974 der IPRspr. findet sich eine Entscheidung zu einer Klausel, wonach englisches Recht zur Anwendung kommen soll, wenn der deutsche Kläger ein Schiedsgericht anruft, und umgekehrt deutsches Recht bei Anrufung durch den englischen Verkäufer.[24] Nach anderen Klau-

---

[20] *Jürgen Basedow,* Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011) 32–59, 33.

[21] Für eine Typologie der *floating clauses* s. *Hans-Eric Rasmussen-Bonne,* Alternative Rechts- und Forumswahlklauseln (Frankfurt am Main 1999) 7 ff., der allerdings den Begriff der alternativen Rechtswahl bevorzugt.

[22] *Dieter Martiny,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7], Bd. XI: Internationales Privatrecht II (München 2018) Art. 3 Rom I-VO Rn. 17.

[23] In *Dubai Electricity Co. v Islamic Republic of Iran Shipping Lines (The Iran Vojdan)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 380 ging es um eine transportvertragliche Klausel, wonach der Vertrag, Konnossemente usw. nach Bestimmung durch den Verfrachter entweder iranischem Recht mit ausschließlicher Zuständigkeit der Teheraner Gerichte oder deutschem Recht mit ausschließlicher Zuständigkeit der Hamburger Gerichte oder englischem Recht mit ausschließlicher Zuständigkeit der Londoner Gerichte unterliegen.

[24] OLG München 27.3.1974 – 7 U 1406/73, IPRspr. 1974 Nr. 26.

seln soll die Zuständigkeit entweder am Verladeort oder am Entladeort bestehen, wodurch sich parallel dazu auch das anwendbare Recht bestimmt.[25] Mithin bestehen alternative Gerichtsstände[26] und damit im Schlepptau zwei Rechtsordnungen, die alternativ zur Anwendung gebracht werden können. Man spricht dann auch von einer „floating choice-of-law and jurisdiction clause". Damit lässt sich ein Gleichlauf von *forum* und *ius,* also von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht, herstellen. Der Gesetzgeber schweigt zu derartigen „Blüten"[27] von Rechtswahlklauseln. Deshalb eignet sich die *floating clause* zur Bestimmung des erreichten Grades an Flexibilität bei dem „Wagen von Freiheit im Kollisionsrecht".

IV. Vertragsrecht

Mangels gesetzlicher Regelung der *floating clauses* bietet sich die Beurteilung von deren Zulässigkeit anhand der kollisionsrechtlichen Interessen, d.h. anhand der Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen,[28] an. Gleichwohl bestehen natürlich Überlappungen: insbesondere können Verkehrs- und Ordnungsinteressen auch dem Parteiinteresse dienen. Diese Überlappungen gelten im besonderen Maße bei der Rechtswahl. Die Rechtswahl ist einerseits ein Verweisungsvertrag, dem der wichtige Grundsatz der Parteiautonomie zugrunde liegt. Andererseits gewährt der Gesetzgeber mit der Rechtswahl ein „opt out" von den objektiven Anknüpfungsregeln, was sie regulierungsbedürftig macht.[29]

---

[25] Zur Rechtswahl in Konnossementen *Nicholas Gaskell/Regina Asariotis/Yvonne Baatz,* Bills of Lading – Law and Contracts (London 2001) Rn. 19.23 ff.; *Munari Francesco,* Bill of lading, in: Encyclopedia of Private International Law, hrsg. von Jürgen Basedow/Giesela Rühl/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio (Cheltenham 2017) 193–202, 199: „[I]n the context of a so-called 'floating choice-of-law and -jurisdiction clause', the tendency has been to uphold the validity of clauses amplifying the choice of forums […] and law on the part of merchants, and strike down clauses where this multiple choice was entrusted to carriers."

[26] Vgl. speziell zu asymmetrischen Gerichtsstandsvereinbarungen *Mary Keyes/Brooke Adele Marshall,* Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetric, J.Priv.Int.L 11 (2015) 345–378; im Kapitalmarkt (und dem Brexit) *Louise Merrett,* The Future Enforcement of Asymmetric Jurisdiction Agreements, ICLQ 67 (2018) 37–71; *Peter Hay,* One-Sided (Asymmetrical) Remedy Clauses and Weaker Party Protection in American Law, in: FS Reinhold Geimer (München 2017) 217–230; *Hannes Wais,* Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie, RabelsZ 81 (2017) 815–857.

[27] *Christian Wenner,* Rechtswahlblüten, in: FS Ulrich Werner (Neuwied 2005) 39–45.

[28] *Gerhard Kegel,* Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: FS Hans Lewald (Basel 1953) 259–288; *Kegel/Schurig,* IPR (Fn. 1) § 2 II; *Abbo Junker,* Internationales Privatrecht[2] (München 2017) § 5 Rn. 23 ff.

1. These von der mangelnden Rechtssicherheit

Verbreitet ist die Auffassung, eine *floating clause* sei wegen nicht hinreichender Bestimmbarkeit des Vertragsstatuts und damit mangels einhergehender Rechtssicherheit unzulässig. So sehen es zumindest die englischen Gerichte. Lord Megaw erteilte der *floating clause* in *The 'Armar',* einer nach einem Schiff benannten Entscheidung des Court of Appeal, die Abfuhr:

„It cannot be that the contract has to be treated as being anarchic: as having no governing law which the Court, taking jurisdiction in respect of such a dispute under the contract, would apply in deciding the dispute. There must be a governing law from the outset: not a floating absence of law, continuing to float until the carrier, unilaterally, makes a decision. The governing law cannot fall to be decided, retrospectively, by reference to an event which was an uncertain event in the future at the time when obligations under the contract had already been undertaken, had fallen to be performed, and had been performed."[30]

Daran schloss Lord Diplock vom House of Lords in *Amin Rasheed Shipping* an:

„[C]ontracts are incapable of existing in a legal vacuum. They are mere pieces of paper devoid of all legal effect unless they were made by reference to some system of private law which defines the obligations assumed by the parties".[31]

Einige Jahre später erklärte Bingham J. in *The Iran Vojdan* eine *floating clause* als unwirksam, denn:

„the proper law is something so fundamental to questions relating to the formation, validity, interpretation and performance of a contract that it must, in my judgment, be built into the fabric of the contract from the start and cannot float in an indeterminate way until finally determined at the option of one party".[32]

Stimmen aus *common law*-Staaten lehnen nicht zuletzt aufgrund dieser autoritativen Stellungnahmen die *floating clause* ab – so jüngst die Literatur aus Hong Kong[33] und Singapur[34].

---

[29] *Maria Hook,* The Choice of Law Contract (Oxford 2016) 2, die weiter feststellt, es gebe eine wachsende „contractualisation" des Kollisionsrechts.

[30] *Armar Shipping Co Ltd v Caisse Algérienne d'Assurance et de Réassurance (The "Armar")* [1980] 2 Lloyd's Rep. 450, 455.

[31] *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co* [1983] 2 Lloyd's Rep. 365, 370; vgl. *Black-Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1981] 2 Lloyd's Rep. 446, 456.

[32] *Dubai Electricity Co v Islamic Republic of Iran Shipping Lines (The Iran Vojdan)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 380, 385; zur Klausel s. oben Fn. 23.

[33] *Lutz-Christian Wolff,* Hong Kong, SAR of China, in: Encyclopedia of Private International Law (Fn. 25) 2129–2138, 2135 zusammenfassend: „Hong Kong courts have expressed reservations".

[34] Vgl. diskutierend *Tan Yock Lin,* Good Faith Choice of a Law to Govern a Contract, Singapore Journal of Legal Studies 2014, 307–327, 317 ff. Zur Rechtslage in den USA s. die Entscheidung zu einer Rechtswahl in einem Leasingvertrag *Commercial Money Center,*

Diese in der Rechtsfamilie des *common law* viel zitierten Entscheidungen sind offenbar immer noch „good law“. Sie betreffen allerdings die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des EVÜ,[35] dem das Vereinigte Königreich (als EWG-Mitgliedstaat) mit Wirkung ab dem 1.4.1991 beitrat.[36] Mittlerweile erlaubt es Art. 3(2) EVÜ sowie dessen aktuelle Nachfolgeregelung[37] Art. 3(2) Rom I-VO den Parteien, „jederzeit“ ihren Vertrag einem anderen als dem objektiv vorgesehenen Recht oder einem bereits vereinbarten Recht zu unterstellen. Hiervon machen die Parteien besonders häufig im Prozess Gebrauch.[38] Damit lässt sich also das beim Vertragsschluss geltende Recht nachträglich bzw. rückwirkend austauschen. Die Idee eines mit Vertragsschluss feststehenden, mithin stabilen und unwandelbaren Vertragsstatuts erweist sich also unter modernen Vorzeichen als unzutreffend.

Ebenso verhält es sich mit Art. 2(3) Satz 1 Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen kommerziellen Verträgen von 2015,[39] bei denen man eine *floating clause* gleichfalls als zulässig erachten muss.[40] Das erweist sich als stimmig, denn eine nachträgliche, ggf. auch eine ändernde Rechtswahl ist Teil des besagten Prinzips, dass die Parteien vorrangig selbst bestimmen sollen, welches Recht in einem internationalen Sachverhalt zur Anwendung gelangen soll. Es handelt sich um einen unechten Fall der nachträglichen Rechtswahl.[41] Aufgrund dieser vergleichbaren Interessenlage müssen die Grundsätze der üblichen nachträglichen Rechtswahl auch für *floating clauses* gelten.[42] Daher ist Art. 3(2) Satz 2 Rom I-VO analog anzuwenden:[43]

Inc., Equipment Lease Litigation, 627 F. Supp. 2d 786 (N.D. Ohio 2009); *Symeon C. Symeonides,* What Law Governs Forum Selection Clauses, Louisiana Law Review 78 (2018) i.E.; *Paul Hartman Cross/Hubert Oxford,* “Floating” Forum Selection and Choice of Law Clauses, S. Tex. L. Rev. 48 (2006–2007) 125–156; *Vitek Danilowicz,* “Floating” Choice-of-Law Clauses and Their Enforceability, The International Lawyer 20 (1986) 1005–1013.

[35] Oben Fn. 7.

[36] Durch den Contracts (Applicable Law) Act 1990.

[37] Bis auf Dänemark.

[38] *Kropholler,* Internationales Privatrecht[6] (Tübingen 2006) § 52 II 4 c (S. 465).

[39] Am 19.3.2015 verabschiedet; abgedruckt in RabelsZ 79 (2015) 654–657. Näher zu Sinn und Zweck *Jürgen Basedow,* The Hague Principles on Choice of Law: Their Addressees and Impact, Unif.L.Rev. 22 (2017) 304–315; *Dieter Martiny,* Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts – Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie, RabelsZ 79 (2015) 624–653; *Yuko Nishitani,* Party Autonomy in Contemporary Private International Law, Japanese Yearbook of International Law 59 (2016) 300–344.

[40] Vgl. *Anselmo Reyes,* How Might the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts Be Used in Practice, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration 20 (2016) 19–28, 23 f.

[41] *Peter Mankowski,* Besondere Arten der Rechtswahl in Verträgen, in: FS Dieter Martiny (Tübingen 2014) 449–473, 452.

[42] *Dieter Martiny,* in: Internationales Vertragsrecht[8], hrsg. von Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Köln 2015) Rn. 2.16.

Bereits entstandene Rechte Dritter dürfen demnach von der Rechtswahl nicht berührt werden.[44]

Den zitierten englischen Entscheidungen ist insoweit zuzustimmen, als es in der Tat keinen Vertrag ohne Recht geben darf.[45] Bei genauerer Sicht ist die Rechtswahl aber nicht, wie auch in der deutschen Rechtswissenschaft behauptet,[46] bis zur Optionsausübung bzw. bis zum Bedingungseintritt schwebend.[47] In den überwiegenden Fällen wird keine Klage eingereicht und somit nicht vom vereinbarten Optionsrecht Gebrauch gemacht. In diesem Fall materialisiert sich die subjektive Anknüpfung nicht. Vielmehr bleibt es dann bei der objektiven Anknüpfung nach Art. 4 ff. Rom I-VO.[48] Übt eine Vertragspartei doch die Option aus, wird das objektive Recht durch das subjektive Recht ersetzt. Demgemäß tritt sodann – zeitlich versetzt – die Verwirklichung der Rechtswahl ein, wenngleich sie schon am Anfang verabredet worden war.

Durch Auslegung ist zu bestimmen, ob die Rechtswahl auf den Vertragsschluss zurückwirken soll. Im Zweifel ist eine *ex tunc*-Wirkung zu bejahen, denn die Parteien werden kein Interesse an einer „zeitlichen *dépeçage*" haben, was ein Zerreißen des Vertrags durch zwei hintereinander anwendbare Vertragsstatute bedeuten würde.[49] Dies schließt gleichwohl die Möglichkeit einer *dépeçage* nicht aus. Dem steht auch nicht entgegen, dass das EU-IPR erheblich weniger *dépeçages* zulässt als das US-amerikanische IPR.[50] Die zeitlichen Rechtsspaltungen sind von den sachlichen Rechtsspaltungen zu unterscheiden,

---

[43] *Peter Hay/Hannes Rösler,* Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht[5] (München 2016) Nr. 113; ebenso zur entsprechenden Vorgängerregelung *Bernd von Hoffmann,* in: Soergel, BGB[12], Bd. X: Einführungsgesetz (Stuttgart 1996) Art. 27 EGBGB Rn. 22; *Kropholler* IPR (Fn. 38) § 52 II 3c.

[44] Gleichfalls Art. 2(3) Satz 2 Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen kommerziellen Verträgen: „A choice or modification made after the contract has been concluded shall not prejudice its formal validity or the rights of third parties."

[45] Vgl. differenzierend zum Grundsatz „keine Vertragsbindung ohne Rechtsordnung" *Basedow,* RabelsZ 75 (2011) 32, 46 ff.

[46] So *Rolf A. Schütze,* Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln bei equal bargaining power der Parteien, in: GS Manfred Wolf (München 2011) 551–560, 557, der die Zulässigkeit einer *floating clause* ablehnt. Sein zweiter Einwand, dass nur staatliches Recht gewählt werden kann, verfängt nicht, denn umgekehrt wird – entscheidenderweise – kein nichtstaatliches Recht gewählt. Bedenken aus dem materiellen Recht (§ 154 BGB) überzeugen nicht, da die Parteien Unklarheiten z.B. über Rügeobliegenheit oder Verjährungsfragen bewusst eingehen oder durch eigenvertragliche Regelungen (teils) ausgleichen. Ebenfalls ablehnend *Wilhelm Wengler,* Allgemeine Rechtsgrundsätze als wählbares Geschäftsstatut?, ZfRV 23 (1982) 11–40, 25.

[47] „[N]icht vollständig offen", schreibt *Martiny,* in: Reithmann/Martiny (Fn. 42) Rn. 2.16.

[48] *Martiny,* in: Reithmann/Martiny (Fn. 42) Rn. 2.16; MüKo/*Martiny* (Fn. 22) Art. 3 Rom I-VO Rn. 18.

[49] *Kropholler,* IPR (Fn. 38) § 52 II 3 c (S. 463), § 52 II 4 (S. 465); *Stefan Leible,* in: NomosKommentar BGB[2], Bd. VI: Rom-Verordnungen (Baden-Baden 2015) Art. 3 Rom I-VO Rn. 42.

die Art. 3(1) Satz 3 Alt. 2 Rom I-VO (im Gegensatz zu Art. 14 Rom II-VO) zulässt. So wird bei einer partiellen Wahl z.B. für die Gewährleistung das englische Recht gewählt, während es ansonsten bei dem objektiv anwendbaren Recht bleibt. Bei der gespaltenen Wahl gilt beispielsweise für die Warenlieferung das Recht des Käufers und für die Zahlung das Recht des Verkäufers.[51]

Aus den genannten Gründen bejaht mittlerweile ein beträchtlicher Teil der englischen Literatur – zumindest jener Teil, der sich eingehender mit der Problematik beschäftigt – die Möglichkeit einer *floating clause* im Anwendungsbereich der Rom I-VO.[52]

2. *Parteiinteresse*

Bei grenzüberschreitenden Geschäften sehen sich die Parteien einer Reihe von Unsicherheiten gegenüber. Insbesondere ist häufig nicht leicht feststellbar, welches Recht objektiv zur Anwendung kommt. Zumal diese Frage vom Gerichtsstand abhängt, dessen anzuwendendes IPR unterschiedlich anknüpfen kann. Es kann etwa exporteurfreundlich[53] an den gewöhnlichen Aufenthalt des Verkäufers (wie unter der Rom I-VO) oder an den Ort des Abschlusses des Rechtsgeschäftes oder an den Erfüllungsort angeknüpft werden. Zudem können *dépeçages* drohen, u.U. Ausweichklausel greifen,[54] und auch ansonsten kann das IPR manche Überraschung bereithalten.

Fraglos möchte der Gesetzgeber mit dem Internationalen Privatrecht die Risiken und Transaktionskosten, die im erhöhten Maße mit grenzüberschrei-

---

[50] *Peter Hay,* US-Amerikanisches Recht[6] (München 2015) Rn. 250 f.; *Andrea Aubart,* Die Behandlung der dépeçage im europäischen Internationalen Privatrecht (Tübingen 2013).

[51] Zu dieser Unterscheidung *Mankowski,* Besondere Arten (Fn. 41) 459.

[52] *David G. Pierce,* Post-Formation Choice of Law in Contract, Mod.L.Rev. 50 (1987) 176–201; *Adrian Briggs,* Agreements on Jurisdiction and Choice of Law (Oxford 2008) Rn. 3.59; *Richard Plender/Michael Wilderspin,* The European Private International Law of Obligations[4] (London 2015) Rn. 6-019; Dicey/Morris/Collins on The Conflict of Laws[15], hrsg. von Lord Collins of Mapesbury (London 2012) Bd. II, Rn. 32-055; *Christian Heinze,* Contracts, in: Cheshire/North/Fawcett on Private International Law[15], hrsg. von Paul Torremans (Oxford 2017) 681, 716; ablehnend noch die Vorauflage: *James Fawcett/Janeen M. Carruthers,* in: Cheshire/North/Fawcett on Private International Law[14] (London 2008) 700; *Nygh,* Autonomy (Fn. 1) 99; *Adrian Briggs,* Floating choice of law, in: Encyclopedia of Private International Law (Fn. 25) 766–768; ablehnend z.B. *Richard Aikens/Richard Lord/ Michael D. Bools,* Bills of Lading[2] (Abingdon 2016) Rn. 14.15.

[53] *Peter Mankowski,* Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht (Baden-Baden 2011) 39 f.

[54] *Symeon C. Symeonides,* Codifying Choice of Law around the World – An International Comparative Analysis (New York 2014) 219 ff.; *Peter Hay,* From Rule-Orientation to “Approach” in German Conflicts Law – The Effect of the 1986 and 1999 Codifications, Am.J.Comp.L. 47 (1999) 633–652.

tenden Privatrechtsverhältnissen verbunden sind, verringern.[55] Dazu soll Klarheit über das anwendbare Recht herrschen. Dies gilt im besonderen Maße für die EU-Kollisionsrechtsverordnungen mit ihren in erster Linie starren Anknüpfungen.[56] Doch aus Sicht der Parteien erhöhen *floating clauses* die Rechtssicherheit in dem ihnen häufig nebulös erscheinenden Dreieck von IZVR, IPR und Sachrecht: Die Parteien können passende vertragsbeherrschende Rechte eingrenzend heraussuchen und eine kleine Gruppe von anwendbaren Rechtsordnungen identifizieren. Darüber hinaus besteht ein positiv einzuschätzender Anreiz, dass die Parteien selbst, d.h. in ihrem Vertrag, ausführlicher das Vertragsprogramm und die Folgen bei dessen Verletzung festlegen. Teils tun sie das unter Rückgriff auf die Grundsätze der *lex mercatoria*.

Natürlich kann eine *floating clause* nicht die gleiche Gewissheit wie eine explizite Rechtswahl erreichen. Allerdings gehen die Parteien bewusst das Risiko einer Verringerung der Rechtssicherheit ein. Die Parteien verzichten teilweise auf die Aufgabe des Gesetzgebers, zu bestimmen, welche Rechtsordnung in internationalen Sachverhalten zur Anwendung kommen soll. Zugleich gehen sie u.U. das Risiko eines *run to the courthouse* ein. Gegebenenfalls finden die Parteien mit einer *floating clause* – gerade bei alternativen Gerichtsständen, d.h. wenn sie sich nicht über einen ausschließlichen Gerichtsstand[57] verständigen konnten – zu einem Kompromiss bei der Rechtswahl oder sie erreichen dadurch überhaupt erst einen Vertragsabschluss.

Ideal sind diejenigen Formen von Rechtswahlklauseln, die einen Gleichlauf von *forum* und *ius* herstellen, wonach dann beispielsweise ein deutsches Gericht nach deutschem Recht entscheidet. Hier liegen die ökonomischen Vorteile auf der Hand: Dem Gericht ist die Rechtslage bekannt (*iura novit curia*),[58] und das Ergebnis dürfte rascher und mit weniger Fehlerpotenzial sowie offen für Rechtsfortbildungen ausfallen.[59] Demgegenüber ist die An-

---

[55] *Jürgen Basedow,* The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws (Leiden 2015) Rn. 124 ff., 235; *Giesela Rühl,* Rechtswahl, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann (Tübingen 2009) 1270–1274. Näher zu den Parteiinteressen bei der *floating clause* s. *Michael Whincop/Mary Keyes,* Putting the Private Back into Private International Law: Default Rules and the Proper Law of the Contract, Melbourne University Law Review 21 (1997) 515–543, 539 ff. (beide Autorinnen sehen in der Rechtsauffassung englischer Gerichte „a dysfunctional species of formalism").

[56] Zu Ausweichklauseln, v.a. Art. 4(3) Rom I-VO, s. aber *Hay/Rösler,* IPR (Fn. 43) Nr. 114; zum Restatement (Second) of Conflict of Laws des American Law Institute *Hay,* US-Amerikanisches Recht (Fn. 50) Rn. 242 f.

[57] Wovon das Gesetz ansonsten ausgeht, s. Art. 25(1) Satz 2 EuGVO.

[58] S. demgegenüber für fremdes Recht § 293 ZPO.

[59] Zu den Vorzügen *Axel Flessner,* Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970) 547–584; *ders.,* Das Parteiinteresse an der Lex fori nach europäischem Kollisionsrecht, in: Liber Amicorum Walter Pintens, Bd. I (Cambridge 2012) 593–606; *ders.,* Optional (facultative) choice of law, in: Encyclopedia of Private International Law (Fn. 25) 1325–1330.

wendung fremden Rechts nach Auffassung des BGH nicht revisibel.[60] In solchen Fällen werden überwiegend Rechtsgutachten, etwa vom Max-Planck-Institut in Hamburg, eingeholt. Die Kosten sind grundsätzlich von der unterliegenden Partei zu tragen. Besonders deutlich wird das Interesse an einer Anwendung der *lex fori* bei jenen Staaten, die vom fakultativen Kollisionsrecht ausgehen.[61] Hierbei muss sich eine Partei auf das ausländische Recht berufen. Dies dient zwar in erster Linie der vereinfachten Rechtspflege. Es gibt aber auch Fälle, in denen die Parteien bewusst kein Interesse an der Fremdrechtsanwendung haben und die *lex fori* bevorzugen.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten: Über die Rechtswahl bestimmen die Parteien selbst, mit welchem Recht der Sachverhalt am engsten verbunden sein soll. Die Beachtung der Parteiautonomie, also des verlängerten Arms der Privatautonomie, liegt im ureigenen Interesse der Parteien – so zumindest unter idealen Bedingungen[62]. *Jürgen Basedow* geht in seiner „Theorie der Rechtswahl" weiter: Die rechtstheoretische Begründung liege „in einem vorstaatlichen subjektiven Recht des Einzelnen, sich durch private Willensäußerung einer bestimmten positiven Rechtsordnung zu unterstellen".[63] Es existiere ein „Nebeneinander von vorstaatlicher Parteiautonomie und ihrer vielfältigen Begrenzung im objektiven Recht der einzelnen Staaten".[64]

Außerdem ist zu beachten, dass in der Praxis die meisten Rechtsfragen erst im Prozessstadium näher an Gestalt gewinnen. Dann aber liegt dem Vertrag, aufgrund der Klageerhebung einer Partei und der damit gekoppelten Rechtswahl beider Parteien, bereits ein bestimmtes Recht zugrunde. Vorher müssen die Parteien zwei oder mehr Rechtsordnungen bedenken, wodurch ihnen die Abschätzung von Erfolgsaussichten einer Klage erschwert wird. Das kann fraglos die Kosten erhöhen.[65] Allerdings wird – wie betont – in der Praxis „das Recht" häufig erst dann ausführlich befragt, wenn das Kind gleichsam bereits „in den Brunnen gefallen" ist.

---

[60] Trotz Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO; BGH 4.7.2013 – V ZB 197/12, BGHZ 198, 14 = NJW 2013, 3656.

[61] S. *Clemens Trautmann,* Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren (Tübingen 2011) 164 ff.; *Oliver Remien,* Die Anwendung und Ermittlung ausländischen Rechts im System des Europäischen Internationalen Privatrechts, ZVglRWiss 115 (2016) 570–585; *Peter Hay,* The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States, Am.J.Comp.L. 62 (2014) 213–240.

[62] Dazu im Bereich des Parteiautonomie *Hannes Rösler,* Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht – Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenenprivatrecht, RabelsZ 73 (2009) 889–911; *ders.,* Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung (München 2004) 15 ff.

[63] *Basedow,* RabelsZ 75 (2011) 32, 57.

[64] *Basedow,* RabelsZ 75 (2011) 32, 57.

[65] *Mankowski,* Besondere Arten (Fn. 41) 455.

3. Lex mercatoria und Konvergenz der Vertragsrechte

Des Weiteren bestimmen die Parteien von Wirtschaftsverträgen den Inhalt ihres Vertrages meist schon detailliert durch Individual- oder Standardverträge, welche möglichst genau das Leistungsprogramm der Parteien sowie Sanktionen bei dessen Verletzung samt Fristen, Arten und Umfang der Folgen definieren. Das geschieht wohlwissend, wie unterschiedlich selbst die Anwendung von Einheitsrecht weltweit betrieben wird.[66] Gerade bei *floating clauses* besteht ein relativ großer Anreiz, möglichst viel im Vertrag zu regeln. Diese Hebelwirkung ist zur Minimierung von späteren Rechtsstreitigkeiten sinnvoll.

Die staatsunabhängigen (wie bei den UNIDROIT-Prinzipien) oder staatenübergreifenden (wie beim CISG) Regelungen sind Ausdruck einer neuen *lex mercatoria*. Sie zeigen auch das Potenzial, sich vom nationalen Recht individualvertraglich zu lösen und den großen Spielraum für die individuelle Gestaltung von Vertragsrechtsverhältnissen für die verschiedenen Wirtschaftsakteure zu nutzen.[67] Schon längst existiert eine ausdifferenzierte „parallel world of private transnational ordering".[68] Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass Art. 3(1) Rom I-VO die Rechtswahl von UNIDROIT-Prinzipien und anderen Regelwerken nichtstaatlichen Ursprungs verwehrt.[69] Das Max-Planck-Institut wollte dies in seiner Stellungnahme zum Entwurf der Rom I-VO bekanntlich anders.[70] Doch unter dem geltenden Recht können die Parteien diese Regelwerke nur materiell, d.h. nicht unter Ersetzung des zwingenden nationalen Rechts, in ihren Vertrag inkorporieren.

Zu berücksichtigen ist auch die Angleichung materieller Rechtslösungen weltweit. Im Vieleck von CISG, UNIDROIT-Prinzipien, PECL, DCFR, EU-Recht sowie nationalen Privatrechten ist eine gewisse Konvergenz auszu-

---

[66] S. *Franco Ferrari,* „Heimwärts- und Auswärtsstreben" in der Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht, in: Einheitliches Kaufrecht und Vereinheitlichung der Rechtsanwendung, hrsg. von Uwe Blaurock/Felix Maultzsch (Baden-Baden 2017) 47–94.

[67] *Basedow,* RabelsZ 75 (2011) 32, 58: „Die Notwendigkeit privater Regelbildung folgt im Wirtschaftsleben aus dem kontinuierlichen Wissensvorsprung der Privaten vor dem Staat, der sich aufgrund der Dynamik der Märkte ergibt." S. weiter *ders.,* The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making, Am.J.Comp.L. 56 (2008) 703–721.

[68] *Horatia Muir Watt,* "Party Autonomy" in International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance, ERCL 6 (2010) 250–283.

[69] Erwgr. 13 der Rom I-VO. Anders noch Art. 3(2) des Entwurfs der Rom I-VO (KOM(2005) 650 endg.), wonach „auf internationaler oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts" gewählt werden können.

[70] *Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law,* Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization, RabelsZ 68 (2004) 1–118, 30 ff.

machen. Das verdeutlichen besonders das BGB mit der Schuldrechtsmodernisierung aus dem Jahr 2001,[71] die Reform des Code civil durch die Ordonnance des Jahres 2016[72] und auch die Reform des japanischen Zivilgesetzbuchs, die im Jahr 2020 in Kraft treten soll.

4. Verkehrs- und Ordnungsinteressen

Große Bedeutung kommt ebenfalls den Verkehrs- und Ordnungsinteressen zu. Die Verkehrsinteressen, soweit sie nicht mit den Parteiinteressen kongruieren, bestehen in der Leichtgängigkeit des Rechtsverkehrs insgesamt. Deshalb sieht der Gesetzgeber beim Formstatut zumeist alternative Anknüpfungen zur Begünstigung der Formwirksamkeit vor. Die Verkehrsinteressen sind bei *floating clauses* hinreichend berücksichtigt: Im Fall ihrer rückwirkenden Form bleiben – wie erwähnt – Rechte Dritter unberührt.

Die Auffassung, dass in der Rechtswahlmöglichkeit selbst eine bedenkliche Schmälerung staatlicher Souveränität liege, ist heute obsolet.[73] Gleichwohl bestehen beim Gesetzgeber natürlich Ordnungsinteressen, wie v.a. der internationale Entscheidungseinklang, die Verhinderung hinkender Rechtsverhältnisse, die Eindämmung des *forum shopping* und wiederum die Rechtssicherheit.[74] Davon erweist sich das *forum shopping* als verbreitetes Phänomen: Eine Klage einreichende Partei bestimmt aufgrund des Klageortes auch das anwendbare (Internationale) Privatrecht. Deswegen besteht ein doppelter Anreiz dieser Partei, eben dort zu klagen, wo es ihr günstig erscheint: erstens in prozessualer Hinsicht (wegen des IZVR-Grundsatzes *forum regit processum*)[75] und zweitens in sachrechtlicher Hinsicht. Zwar kennt das EU-Recht genau gefasste Zuständigkeitsvorschriften, aber das *common law* (zumindest in seiner unionsrechtlich unvereinheitlichten Form) hat dafür die Doktrin des

---

[71] *Jürgen Basedow,* Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG, International Review of Law and Economics 25 (2005) 487–500; *Reinhard Zimmermann,* The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives (Oxford 2005) 39 ff.

[72] Dazu *Jürgen Sonnenberger,* Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016, ZEuP 25 (2017) 6–67 und 778–835.

[73] Zu den Einwänden gegen die Parteiautonomie *Basedow,* RabelsZ 75 (2011) 32, 41 ff., der dem ein vertragstheoretisches Modell entgegenstellt.

[74] *Kegel/Schurig* IPR (Fn. 1) § 2 II 3 a; s. weiter *Gerhard Kegel,* Das Ordnungsinteresse an realer Entscheidung im IPR und im internationalen Privatverfahrensrecht, in: FS Ulrich Drobnig (Tübingen 1998) 315–336.

[75] Dazu *Moritz Brinkmann,* Das lex fori-Prinzip und Alternativen, ZZP 129 (2016) 461–499.

forum non conveniens.[76] Zudem wird dieser Spielraum für *forum shopping* von den Parteien ausdrücklich eingeräumt. Dies gilt v.a., wenn zugleich eine alternative oder variable Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 EuGVO getroffen wird. Fragen des inneren Entscheidungseinklangs, die aufgrund von Normenmangel, Normenhäufung und Normenwiderspruch berührt sein können,[77] kommen praktisch nicht in Betracht.

Während vorstehend vom Interesse der Parteien an der *lex fori* die Rede war, besteht parallel auch ein Ermittlungsinteresse des Gerichtsstaates. *Jürgen Basedow* hat dies speziell zum Aufenthaltsprinzip im – fraglos anders gelagerten – Internationalen Scheidungsrecht mit Blick auf die Vorteile für die Rechtspflege wie folgt herausgearbeitet: Dass nämlich

> „die Justiz […] in Anspruch genommen wird und damit eine [zudem staatlich subventionierte] justizielle Dienstleistung, die nach Gerichtsverfassung, Verfahren und Personal ganz auf die Rechtsordnung des betreffenden Gastlandes zugeschnitten ist. Fremdrechtsanwendung in größerem Umfang würde sie kollabieren lassen."

> „Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt stellt sich – jedenfalls wenn er länger anhält – regelmäßig als Synonym für eine Anwendung der *lex fori* dar und kommt diesen Bedürfnissen des Aufnahmelandes entgegen."[78]

Die Vorteile sind legitim und nicht mit dem Phänomen des Heimwärtsstrebens gleichzusetzen.

Auch der im öffentlichen bzw. allgemeinen Interesse liegende Schutz der schwächeren Partei im Kollisionsrecht, der materialisierend auf Ungleichgleichgewichtslagen zwischen den Parteien antwortet,[79] wird durch eine *floating clause* kaum berührt. Schließlich gilt im Fall von Arbeitnehmern und Verbrauchern der Günstigkeitsvergleich: Ist das gewählte Recht nachteiliger als das Heimatrecht, also das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Arbeitnehmers bzw. Verbrauchers, so bleibt es bei den zwingend anwendbaren Schutzvorschriften. Allerdings existieren hierzu – soweit ersichtlich – ohnehin keine Fälle.

---

[76] *Dagmar Coester-Waltjen,* Himmel und Hölle: Einige Überlegungen zur internationalen Zuständigkeit, RabelsZ 79 (2015) 471–520. Siehe hierzu in diesem Band auch den Beitrag von *Jan Kleinheisterkamp,* S. 173.

[77] *Kegel/Schurig,* IPR (Fn. 1) § 2 II 3 b.

[78] *Jürgen Basedow,* Das internationale Scheidungsrecht der EU – Anmerkungen zur Rom III-Verordnung, in: FS Willibald Posch (Wien 2011) 17–33, 25.

[79] Zu dessen Zweck deutlich *Basedow,* RabelsZ 75 (2011) 32, 48: „Jede Form der Vertragsfreiheit, auch die Rechtswahlfreiheit, überantwortet die Festlegung dessen, was für die Parteien gelten soll, letztlich ihren Verhandlungen, also den jeweiligen Präferenzen und dem Machtgefüge zwischen den Parteien."

V. Außervertragliches Schuldrecht

Was für das IPR der Schuldverträge herausgearbeitet wurde, sollte auch für das IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse gelten.[80] So sollen nach Erwgr. 7 der Rom I-VO und der Rom II-VO deren sachlicher Anwendungsbereich und deren Bestimmungen miteinander „in Einklang stehen".[81] Wie Art. 3(2) Rom I-VO lässt auch Art. 14(1) Satz 1 lit. a Rom II-VO eine nachträgliche Rechtswahl ohne Einschränkung zu.[82] Bis zur Konkretisierung der anwendbaren Rechtsordnung gilt wieder das objektive Recht, also hier die Art. 4 ff. Rom II-VO.

VI. Familienrecht

Ein größerer Schritt ist es aus dem Schuldrecht in das Internationale Familienrecht der EU.[83] Auch im Familienrecht bildet die Herstellung von Rechtssicherheit den Hauptgrund für die Gestattung einer Rechtswahlmöglichkeit. Die Parteiautonomie erweist sich auch hier als Folge der mittels Freizügigkeit[84] und Unionsbürgerschaft[85] mobilitätsfördernden EU. Dennoch besteht im Familienrecht eine nur im geringen Maße zu vermutende Legitimität parteiautonomer Entscheidungen. Dies rührt aus den Langzeitverhältnissen mit möglichen Abhängigkeiten und Asymmetrien zwischen den Parteien im höchstpersönlich geprägten Verbund von Ehe und Familie, die die freie Entscheidung behindern können.[86] Ein der *lex mercatoria* nur annähernd vergleichbarer Rechtsbestand ist im Familienrecht nicht vorhanden. Sachrecht-

---

[80] Für die Zulässigkeit einer *floating clause* spricht sich auch *Andreas Vogeler,* Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse (Tübingen 2013) 219 aus.

[81] Ebenso wie mit der EuGVO. Siehe *Junker,* IPR (Fn. 28) § 15 Rn. 2; zurückhaltend *Jan D. Lüttringhaus,* Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht, RabelsZ 77 (2013) 31–68.

[82] Auf die Voraussetzungen geht oben schon die Textstelle bei Fußnotenzeichen 14 ein.

[83] *Kathrin Kroll-Ludwigs,* Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (Tübingen 2013) 99 ff.; *Dagmar Coester-Waltjen/Michael Coester,* Rechtswahlmöglichkeiten im Europäischen Kollisionsrecht, in: Liber Amicorum Klaus Schurig (München 2012) 33–47.

[84] Art. 45, 49 AEUV.

[85] Art. 20 ff. AEUV (durch den Vertrag von Maastricht, 1992 eingeführt).

[86] Gleichwohl gewinnen die Partei- und die Privatautonomie an Boden. Für Letztere s. etwa die Reformen des Scheidungsrechts in Italien und Spanien; dazu: Scheidung ohne Gericht?, hrsg. von Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald/Martin Löhnig (Bielefeld 2017).

liche Lösungen[87] sind selten erfolgreich. Außerdem finden sich hier – anders als bei Wirtschaftsverträgen, Schiedsgerichtsbarkeit usw. – kaum „Graswurzel-Gewächse“, die eine entsprechend etablierte Praxis widerspiegeln würden.

1. Scheidungsrecht

Der am meisten behandelte EU-Rechtsakt zum Internationalen Familienrecht ist die Rom III-VO über das auf internationale Scheidungen und Trennungen ohne Auflösung des Ehebandes anwendbare Recht. Im Vergleich zum sonstigen Familienrecht oder dem Erbrecht lassen sich hierzu in der Literatur verhältnismäßig viele Stellungnahmen über die Zulässigkeit der *floating clause* finden. Die wohl h.M. lehnt sie ab.[88] Generell stellt Art. 5(1) Rom III-VO vier wählbare Rechtsordnungen bereit. Interessant ist vorliegend lit. d, der die Wahl des Rechts des Staates „des angerufenen Gerichts“ erlaubt, was das frühere deutsch-autonome Internationale Scheidungsrecht nicht zuließ.[89] Diese Wahlmöglichkeit berücksichtigt v.a. die Interessen derjenigen Mitgliedstaaten, die von einem strikten *lex fori*-Ansatz ausgehen.[90] Dies könnte für eine *floating clause* sprechen, da, wie angedeutet, diese Art der Rechtswahl besonders hohe Legitimität erhält, wenn die Vorteile der Anwendung der *lex fori* eintreten.

Fraglich ist also, ob Art. 5(1) lit. d Rom III-VO die Wahl eines bestimmten Forumsrechts meint oder ganz allgemein die vorsorgliche Wahl eines Forumsrechts in Abhängigkeit des vom Antragsteller – in den Grenzen der sieben Zuständigkeiten der EuEheVO – bestimmten Forums umfasst. Die Rom III-VO äußert sich dazu nicht. Jedoch schaffen die weiteren Anknüpfungspunkte des Art. 5(1) Rom III-VO, also Aufenthaltsort und Staatsangehörigkeit, einen

[87] Man denke an das Abkommen zum Wahlgüterstand zwischen Deutschland und Frankreich vom 4.2.2010; dazu *Dieter Martiny,* Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand – Ein Beispiel optionaler bilateraler Familienrechtsvereinheitlichung, ZEuP 19 (2011) 577–600; *Nina Dethloff,* Der deutsch-französische Wahlgüterstand – Wegbereiter für eine Angleichung des Familienrechts?, RabelsZ 76 (2012) 509–539.

[88] *Karsten Thorn,* in: Palandt, BGB[77] (München 2018) Art. 8 Rom III-VO Rn. 5; *Rainer Hausmann,* Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht (München 2013) 1. Teil, A, Rn. 283; *Susanne Lilian Gössl,* in: BeckOGK (München, Stand 1.12.2017) Art. 5 Rom III-VO Rn. 55; *Ingo Ludwig,* in: juris Praxiskommentar BGB[8] (Saarbrücken 2017) Art. 5 Rom III-VO Rn. 22; *Christine Budzikiewicz,* in: Jauernig, BGB[16] (München 2015) Art 5–16 Rom III-VO Rn. 3; *Urs Peter Gruber,* Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung, IPRax 2012, 381–392, 386; *Tobias Helms,* Reform des internationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung, FamRZ 2011, 1765–1772, 1768.

[89] Vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 a.F. i.V.m. Art. 14 Abs. 2, 3 EGBGB.

[90] Insbesondere das englische und schottische Recht; *Hannes Rösler,* Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung, RabelsZ 78 (2014) 155–192, 159 f.; *Dieter Martiny,* Ein Internationales Scheidungsrecht für Europa – Konturen einer Rom III-Verordnung, in: Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert: Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg (München 2006) 119–135, 125.

mehr oder weniger engen Bezug. Bei einer *floating clause* wäre dies nicht immer gleichwertig eng.[91]

Allerdings heißt es in Erwgr. 16 Satz 1, die Ehegatten könnten das Recht wählen, „zu dem sie einen besonderen Bezug haben [lit. a–c], *oder* das Recht des Staates des angerufenen Gerichts [lit. d]".[92] Offenbar haben die Vorteile des Gleichlaufs von *forum* und *ius* eigenständiges Gewicht. Zu beachten ist auch das Sachrecht selbst: Die Unterschiede im Scheidungsrecht sind wegen der Liberalisierung bei den Scheidungsvoraussetzungen, dem Wegfall des Schuldvorwurfs und der Verkürzung von Fristen[93] geringer als je zuvor.[94] Weiter führt Erwgr. 16 Satz 2 aus:

> „Das von den Ehegatten gewählte Recht muss mit den Grundrechten vereinbar sein, wie sie durch die Verträge und durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt werden."

Ferner ist Art. 10 Rom III-VO zu berücksichtigen, der die Anwendung eines diskriminierenden Scheidungsrechts verwehrt.

Was gegen die *floating clause* zu sprechen scheint, ist das in Erwgr. 18 niedergelegte Informationsprinzip. Dort heißt es:

> „Diese Verordnung sieht als wesentlichen Grundsatz vor, dass beide Ehegatten ihre Rechtswahl in voller Sachkenntnis treffen. Jeder Ehegatte sollte sich genau über die rechtlichen und sozialen Folgen der Rechtswahl im Klaren sein. Die Rechte und die Chancengleichheit der beiden Ehegatten dürfen durch die Möglichkeit einer einvernehmlichen Rechtswahl nicht beeinträchtigt werden. Die Richter in den teilnehmenden Mitgliedstaaten sollten daher wissen, dass es darauf ankommt, dass die Ehegatten ihre Rechtswahlvereinbarung in voller Kenntnis der Rechtsfolgen schließen."

Jedoch stößt das Informationsprinzip an seine Grenzen, da eine Unterrichtung über sämtliche potenziell anwendbare Rechtsordnungen nicht möglich ist.[95] Erschwerend kommt hinzu, dass die EuEheVO nicht die Option einer Gerichtsstandsvereinbarung oder einer rügelosen Einlassung vorsieht. Allerdings kann es aufgrund der Biographien, Sprachkenntnisse, Berufs- und Lebenspläne der Eheleute klar sein, dass z.B. nur der deutsche Sprachraum in Betracht kommt. Dann könnte ein Notar über die damit verbundenen Staaten Deutschland, Österreich und die Schweiz i.S.d. Erwägungsgrundes hinreichend

---

[91] Vgl. *Anne Röthel,* Rom III-VO: Impulse für eine Materialisierung der Parteiautonomie, in: Jahrbuch für Italienisches Recht 25 (2012) 3–15, 11.

[92] Kursivsetzung vom Verfasser.

[93] Durch Gesetzesdekret Nr. 132 vom 12.9.2014 wurde zur Entlastung italienischer Gerichte die Trennungsfrist bei streitigen Scheidungen auf ein Jahr und bei einvernehmlichen Scheidungen auf sechs Monate herabgesetzt; *Dieter Henrich,* Scheidung auf Italienisch, in: Jahrbuch für italienisches Recht 28 (2016) 3–14.

[94] S. oben Fn. 86.

[95] *Rösler,* RabelsZ 78 (2014) 155, 170.

„genau“ informieren.[96] Was darunter zu verstehen ist, bedarf einzelfallbezogen der gerichtlichen Klärung. Sicher ist aber, dass im Rahmen der Beratung v.a. die denkbaren negativen Folgen bei einer Abweichung vom objektiv vorgesehenen Recht hinreichend deutlich werden müssen. Ist dies unterblieben – wie sicher in den meisten Fällen –, ist einer *floating clause* die Wirksamkeit zu versagen.

2. *Unterhaltsrecht*

Das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht bestimmt die EU lediglich durch Verweis auf einen Völkerrechtsakt, nämlich in Art. 15 EuUnthVO auf das Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) von 2007. Dessen Art. 7(1) erlaubt die Wahl der *lex fori* nur für ein einzelnes, konkretes Verfahren.[97] Die vorsorgliche Rechtswahl nach Art. 8 HUP ist dagegen nicht zugunsten des abstrakten Forumsrechts möglich. Art. 8(5) HUP beschränkt den Vorrang der Rechtswahl zudem durch eine allgemeine Billigkeitskontrolle:

„Das von den Parteien bestimmte Recht ist nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung für eine der Parteien offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen hätte, es sei denn, dass die Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl *umfassend* unterrichtet und sich der Folgen ihrer Wahl *vollständig* bewusst waren.“[98]

Damit wird dem bereits deutlich gewordenen international-familienrechtlichen Prinzip der „informierten Selbstbestimmung“ Ausdruck verliehen.[99] Die Rechtslage ist also ähnlich wie unter der Rom III-VO.

Allerdings lehnt der Erläuternde Bericht zum HUP die *floating clause* in Bezug auf ein abstraktes Forumsrecht ab:

„Es genügt […] nicht, dass die Parteien ganz allgemein ‚das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht‘ bestimmen, denn solange keine Behörde angerufen wurde, ist ‚das angerufene Gericht‘ nicht bestimmt. Eine solche blind vorgenommene Wahl bietet nicht die Gewähr, dass die Parteien über den Gegenstand ihrer Wahl unterrichtet wurden und sich dessen bewusst waren.“[100]

---

[96] S. bereits *Rösler,* RabelsZ 78 (2014) 155, 170; vgl. dazu differenziert *Katharina Hilbig-Lugani,* in: NomosKommentar BGB², Bd. VI: Rom-Verordnungen (Baden-Baden 2015) Art. 5 Rom III-VO Rn. 49c, die sich aber letztlich für eine vorsorgliche Wahl der *lex fori* ausspricht; für eine allgemeine Zulässigkeit der *floating clause* bei der Rom III-VO *Christian Gomille,* in: Haußleiter, FamFG² (München 2017) Anhang V nach § 110 Rn. 37.

[97] *Dieter Henrich,* Internationales Scheidungsrecht⁴ (Bielefeld 2017) Rn. 131.

[98] Kursivsetzung vom Verfasser. Siehe *Rainer Hausmann,* Schranken der Rechtswahl im internationalen Unterhaltsrecht, in: FS Martiny (Fn. 41) 345–363, 361 f. Siehe weiter die Schutzmechanismen in Art. 8(3) und (4) EuUnthVO; Erwgr. 19 Satz 2 EuUnthVO.

[99] *Bettina Heiderhoff,* BeckOK BGB (München, 46. Edition, 1.11.2017) Art. 8 HUP Rn. 19.

[100] *Andrea Bonomi,* Erläuternder Bericht zum Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (2009) Rn. 120; ebenso *ders.,* The Hague

Sachlich gesehen sprechen aber ansonsten keine Gründe dafür, die Bewertung anders als unter der Rom III-VO vorzunehmen.

3. *Güterrecht*

Die beiden Güterrechtsrechtsverordnungen EuGüVO und EuPartVO sind die neuesten EU-Rechtsakte im Bereich des (leider) nur unzureichend mit den weiteren IZVR- und IPR-Rechtsakten koordinierten Internationalen Familienrechts.[101] Das neue Güterrecht erlaubt in Art. 22(1) EuGüVO/EuPartVO eine Rechtswahl, was angesichts der sachrechtlichen Unterschiede, der Schwierigkeiten bei der objektiven Anknüpfung und der u.U. erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Güterrechts zu begrüßen ist.[102] Die Rechtswahl ist zeitlich flexibel, also nicht nur zum Zeitpunkt der Eheschließung bzw. der Eingehung der Partnerschaft möglich.[103] Allerdings ist die Wahl der *lex fori* ausgeschlossen.[104] Das schränkt den Anreiz zu einer *floating clause* erheblich ein.[105] Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, wirkt die Änderung des Güterrechtsstatus nicht rückwirkend (Art. 22(2) EuGüVO/EuPartVO). Damit kann eine Rechtswahl rückwirkend ausfallen. Wie bei der Rom I-VO dargestellt, spricht die Möglichkeit der nachträglichen Rechtswahl für die Zulässigkeit der *floating clause*. Dagegen spricht allerdings der Grundsatz der Informiertheit, der sich aber wieder nur in den Erwägungsgründen findet.[106] Damit ist die *floating clause* unter den zur Rom III-VO dargelegten Umständen möglich.

Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Yb. PIL 10 (2008) 333–357, 352.

[101] Näher zu HUP, Rom III-VO und EuGüVO und EuEheVO *Katharina Hilbig-Lugani,* Parteiautonomie im Zusammenspiel des neueren Europäischen Kollisionsrechts, DNotZ 2017, 739–760.

[102] *Bettina Heiderhoff,* Die EU-Güterrechtsverordnungen, IPRax 2018, 1–11, 6; weiter *Kathrin* Kroll-*Ludwigs,* Stärkung der Parteiautonomie durch die Europäischen Güterrechtsverordnungen, NZFam 2016, 1061–1065; *Dieter Martiny,* Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen, ZfPW 2017, 1–33, 14 ff.

[103] S. auch Erwgr. 45 Satz 2 EuGüVO bzw. 44 Satz 3 EuPartVO.

[104] Zustimmend *Heiderhoff,* IPRax 2018, 1, 7: „anders als bei der Scheidung geht es nicht um einen einmaligen, bevorstehenden Rechtsakt, sondern um die Bewertung einer in der Vergangenheit liegenden dauerhaften Rechtsbeziehung. Die Wahl der *lex fori* mag praktisch sein, aber sie würde in keiner Weise passen."

[105] Wählbar ist das Aufenthalts- oder Staatsangehörigkeitsrecht beider oder einer der Eheleute. Bei der Lebenspartnerschaft lässt sich noch das Recht des Registerorts wählen.

[106] Erwgr. 47 EuGüVO und 46 EuPartVO.

VII. Erbrecht

Wie gesehen, hat die Parteiautonomie auch das Internationale Erbrecht erreicht. Allerdings handelt es sich dabei – im Unterschied zu den anderen Fällen einer Rechtswahl – nicht um eine mehr-, sondern um eine einseitige Rechtswahl. Unter Art. 22(1) EuErbVO ist zunächst eine bedingte Rechtswahl zulässig, sofern das Ereignis – z.B. der Tod des Ehepartners – im Zeitpunkt des Erbfalls ermittelbar ist.[107] Das Nachlassgericht und die Erben müssen also beim Tod des Erblassers das maßgebliche Statut hinreichend rechtssicher feststellen können. Diese Notwendigkeit folgt schon daraus, dass die Rechtswahl grundsätzlich widerruflich und änderbar ist.[108] Daher kann z.B. ein Erblasser ein bestimmtes Erbrecht für den Fall wählen, dass sein Ehepartner vor ihm verstirbt[109] oder zum Zeitpunkt seines Todes noch Abkömmlinge vorhanden sind.[110] Allerdings geht es dabei gerade nicht um Fälle der *floating clause* im üblichen Sinne. Schließlich ist die Wahl der (künftigen und unsicheren) *lex fori* hier nicht möglich,[111] obwohl die EuErbVO möglichst einen Gleichlauf zwischen *ius* und *forum* erzielen soll.

Flexibel klingt die Möglichkeit des Erblassers gemäß Art. 22(1) Satz 1 Alt. 2 EuErbVO, wonach er nicht nur das Recht des Staates wählen kann, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört, sondern alternativ auch das Recht des Staates, dem er im Zeitpunkt des Todes zugehörig ist. Vom Wortlaut gedeckt ist es, wenn der Erblasser nur generell ein Recht wählt, dem er dann zum Zeitpunkt seines Todes angehören wird. Allerdings lehnt die h.L. eine abstrakte oder – anders gewendet – eine dynamische Rechtswahl, die sich also nur generell auf das Heimatrecht bezieht, ab.[112] Die Wahl müsse sich auf eine konkrete Rechtsordnung beziehen. Verwiesen wird dazu auf die

---

[107] *Ingo Ludwig,* Die Wahl zwischen zwei Rechtsordnungen durch bedingte Rechtswahl nach Art. 22 der EU-Erbrechtsverordnung, DNotZ 2014, 12–15, 15; *Felix Odersky,* in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis[3] (München 2016) § 15 Rn. 129.

[108] *Odersky,* in: Hausmann/Odersky, IPR (Fn. 107) § 15 Rn. 129, der zudem darauf hinweist, dass Art. 22(1) Satz 1 Alt. 2 EuErbVO eine bedingte Rechtswahl darstelle.

[109] Näher zu den Gründen im Zusammenhang mit dem französischen Erbrecht s. *Ludwig,* DNotZ 2014, 12, 15; *Odersky,* in: Hausmann/Odersky, IPR (Fn. 107) § 15 Rn. 130.

[110] *Odersky,* in: Hausmann/Odersky, IPR (Fn. 107) § 15 Rn. 129.

[111] Vgl. *Frank Bauer,* in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht (München 2016), Art. 22 EuErbVO Rn. 3 ff.

[112] *Dieter Martiny,* in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB[12] (Köln 2017) IPR-Anh. 9, Art. 22 EuErbVO Rn. 8; *Gerhard Hohloch,* in: Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[15], Bd. II (Köln 2017) Art. 22 EuErbVO Rn. 6; *Odersky,* in: Hausmann/Odersky, IPR (Fn. 107) § 15 Rn. 131; *Ulrike Janzen,* Die EU-Erbrechtsverordnung, DNotZ 2012, 484–493, 486; *Mario Leitzen,* Die Rechtswahl nach der EuErbVO, ZEV 2013, 128–132, 128; *Heinrich Dörner,* EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft, ZEV 2012, 505–513, 511; *Junker,* IPR (Fn. 28) § 20 Rn. 29.

nötige Rechtssicherheit sowie auf Art. 22(2) EuErbVO, der allerdings nach richtiger Ansicht nur die Form betrifft. Die h.L. will dagegen die Anwendung von Art. 22(1) Satz 1 Alt. 2 EuErbVO auf die sehr wenigen Fälle reduzieren, in denen der Erblasser den Wechsel zu seiner neuen Staatsangehörigkeit bereits in die Wege geleitet hat.[113]

Für die Zulässigkeit der Wahl einer im Zeitpunkt der Rechtswahl noch künftigen und offenen Staatsangehörigkeit spricht aber, dass die Verordnung mehr Flexibilität eröffnet, als es zunächst scheint. Art. 22(2) EuErbVO lässt sogar die konkludente Rechtswahl zu. Außerdem ist die Regelung zu den Doppel- und Mehrstaatern zu beachten: Diese Personen können nach Art. 22(1) Satz 2 EuErbVO das Recht eines der Staaten wählen, denen sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehören. Vor allem aber besteht kein Bedürfnis für eine Beschränkung der Rechtswahl, da das anwendbare Recht im Zeitpunkt des Versterbens hinreichend bestimmbar ist.[114] Eine typische *floating clause* stellt diese einseitige Rechtswahl aber nicht dar.

VIII. Denkbare Schutzansätze

Die *floating clause* birgt neben den dargelegten Vorteilen auch Nachteile. Sie bestehen nicht in den Auswirkungen auf Dritte, die – wie dargelegt – grundsätzlich nicht drohen, sondern für die Partei, die vereinbarungsgemäß der Bestimmung des anwendbaren Rechts durch die andere Partei ausgesetzt ist. Denkbar sind Fälle, in denen insbesondere eine (zu) offen konzipierte *floating clause,* die sich also nicht auf zwei oder einen Kreis von Rechtsordnungen bzw. Gerichtsstaaten beschränkt, zur unangemessenen Rechtsumgehung genutzt wird. Dies könnte etwa bei Rechtsordnungen mit extrem kurzer Verjährung gelten. Deswegen wäre eine Erörterung der *floating clause* unvollständig, die nicht zumindest ansatzweise denkbare Gegenmaßnahmen zur Unterbindung von Missbräuchen enthält.

Allerdings mahnen verschiedene Gesichtspunkte zur Zurückhaltung: Der grundsätzliche Vorrang parteiautonomer Entscheidungen darf nicht unterhöhlt werden. Die Parteien verzichten bei einer *floating clause* teilweise auf die Berechenbarkeit des anwendbaren Rechts.[115] Zudem wird das *forum shopping*

---

[113] *Junker,* IPR (Fn. 28) § 20 Rn. 29.

[114] Für die Zulässigkeit der nur abstrakten Benennung *Anatol Dutta,* in: Münchener Kommentar zum BGB[7], Bd. XI: Internationales Privatrecht II (München 2018) Art. 22 EuErbVO Rn. 11; *Michael Sonnentag,* in: juris Praxiskommentar BGB[8] (Saarbrücken 2017) Art. 22 EuErbVO Rn. 8; *Odersky,* in: Hausmann/Odersky, IPR (Fn. 107) § 15 Rn. 131; *Dirk Looschelders,* in: NomosKommentar BGB[2], Bd. VI: Rom-Verordnungen (Baden-Baden 2015) Art. 22 EuErbVO Rn. 19.

[115] Die Rechtssicherheit wird von Erwgr. 16 Satz 1 der Rom I-VO und Erwgr. 31 der Rom II-VO als eines der Ziele des schuldrechtlichen Kollisionsrechts postuliert.

im IPR sehr großzügig anerkannt.[116] Doch selbst im B2B-Bereich – in dem zu vermuten ist, dass die von einer Partei eingegangenen Risiken durch erreichbare Vorteile ausgeglichen werden – bestehen Grenzen, die das Sachrecht z.B. in Form der Sittenwidrigkeit und der Gesetzesverbote kennt.[117]

Gerade im Familienrecht kommt eine Wirksamkeitskontrolle in Betracht, die wie oben bei der Rom III-VO gesehen darauf abstellt, ob die Voraussetzungen der informierten, also in voller Sachkenntnis getroffenen Rechtswahl eingehalten wurden.[118] Ansonsten weist der EuGH in seiner Entscheidung *Verein für Konsumenteninformation* einen interessanten Weg, obgleich diese Entscheidung eine Rechtswahl in AGB gegenüber einem Verbraucher betrifft.[119] Laut EuGH sind Rechtswahlklauseln nach Art. 3(1) der Klauselrichtlinie 93/13/EWG missbräuchlich, wenn sie den Verbraucher dahingehend in die Irre führen, es sei nur das gewählte fremde Recht anwendbar, ohne darüber zu unterrichten, dass Art. 6(2) Rom I-VO den Günstigkeitsvergleich anordnet. Danach würde nämlich der Verbraucher auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts genießen, welches ohne diese Klausel anzuwenden wäre. Mithin setzt bei Verbraucher-Unternehmer-Sachverhalten der Schutz vor fremdem Recht schon vor dem IPR-Schutzinstrumentarium – v.a. dem Günstigkeitsvergleich nach Art. 6(2) Satz 2 Rom I-VO – ein.[120]

Die Entscheidung *Verein für Konsumenteninformation* betrifft daher eindeutig einen Sonderfall. Zudem wird sich zeigen, wie viel Raum für Klauselkontrollen die Rom I-VO wirklich lässt.[121] Für den B2B-Bereich verfangen die Klauselrichtlinie,[122] die EuGH-Rechtsprechung und erst recht der verbraucherkollisionsrechtliche Günstigkeitsvergleich nicht. *De lege ferenda* ließe sich z.B. der Kreis der wählbaren Rechtsordnungen speziell bei der *floating clause* eingrenzen. Dies passt zur Tendenz, dass gerade unter dem Einfluss des Uni-

---

[116] *Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn,* Internationales Privatrecht[9] (München 2007) § 6 Rn. 134.

[117] Speziell zum IPR *Mathäus Mogendorf,* Der strukturell unterlegene Unternehmer im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Eine vergleichende Untersuchung des europäischen und US-amerikanischen Rechts (Tübingen 2016).

[118] Zu der Diskussion, ob eine Inhaltskontrolle der Rechtswahl bei der Rom III-VO stattfinden kann, s. BeckOGK/*Gössl* (Fn. 88) Art. 6 Rom III-VO Rn. 10 ff.; ablehnend etwa *Claudia Mayer,* in: Althammer, Brüssel IIa, Rom III (München 2014) Art. 5 Rom III-VO Rn. 27.

[119] EuGH 28.7.2016 – C-191/15 (*Verein für Konsumenteninformation ./. Amazon EU Sàrl*), ECLI:EU:C:2016:612 = NJW 2016, 2727.

[120] *Dieter Martiny,* Europäisches Internationales Schuldrecht – Feinarbeit an Rom I- und Rom II-Verordnungen, ZEuP 16 (2018) 218–249, 230.

[121] S. *Peter Mankowski,* Just How Free is a Free Choice of Law in Contract in the EU?, J.Priv.Int.L. 13 (2017) 231–258.

[122] Zumal in diesem Bereich selbst in Europa recht unterschiedliche Auffassungen über Schutzsinnhaftigkeit und -intensität von AGB-Kontrollen besteht; s. den Beitrag von *Giesela Rühl* in diesem Band, S. 33.

onsrechts die öffentliche Aufgabe des IPR an Bedeutung gewinnt.[123] Allerdings bestehen Zweifel daran, ob eine gesetzgeberische Fassung der „floating clause“-Schutzkriterien gelingen könnte. Es kann allenfalls um eine Generalvorschrift gehen, die dem Gericht einen großen Ermessensspielraum eröffnet.

Zu bedenken bleibt, dass missbräuchliches Verhalten eher bei Prozessen in und nach materiellem Recht von Drittstaaten droht, wo die Reichweite des Unionsrechts endet. Aber auch in Drittstaaten sind Grenzen bei ernsthaften Benachteiligungen gut möglich.[124] Denkbar erscheinen allerdings auch Forumstaaten, die eine *floating clause* einfach *per se* ablehnen, schließlich beurteilt sich die Frage der Zulässigkeit einer Rechtswahl bekanntlich nach der *lex fori*.

IX. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich ein differenziertes Bild. Dies überrascht wenig – schließlich unterscheiden sich die Gründe des Gesetzgebers, eine Rechtswahl zuzulassen. Im Schuldvertragsrecht beruht sie auf der zu vermutenden Richtigkeit der autonomen Gestaltung durch die Parteien. Anders verhält es sich dagegen im Familien- und Erbrecht, wo die subjektiven Interessen in erheblich stärkerem Maße durch – vom Staat zu verfolgende – objektive Interessen verdrängt werden.[125] Dass der Gesetzgeber solche Interessen rasch auch übergewichtet, verdeutlicht die anstehende Reform der EuEheVO, die leider nicht die überfällige Möglichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung einführen dürfte,[126] was aber einem Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht dienlich wäre.[127] Die Ergebnisse dieser Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

---

[123] Siehe jüngst: Politik und Internationales Privatrecht, hrsg. von Susanne Lilian Gössl (Tübingen 2017); *Hook,* Choice (Fn. 29) 2: „the choice of law agreement sits in a regulatory twilight zone“; s. weiter *Marc-Philippe Weller,* Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429–437.

[124] *Tan Yock Lin,* Singapore Journal of Legal Studies 2014, 307–327, 320.

[125] *Felix Maultzsch,* Parteiautonomie im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht, in: Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (Fn. 6) 153–181, 179 f. (deshalb gebe es keinen einheitlichen Legitimationsgrund der Parteiautonomie); *ders.,* Party Autonomy in European Private International Law, Uniform Principle or Context Dependent Instrument?, J.Priv.Int.L 12 (2016) 466–491, 483 bejaht eine *floating clause* für das gesamte EU-IPR.

[126] Europäische Kommission, Vorschlag vom 30.6.2016 für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (Neufassung), COM(2016) 411 final.

[127] Der Gleichlauf wird vielfach gefordert, s. *Urs Peter Gruber,* Der Schutz schwächerer Personen im Familien- und Erbrecht, in: Kohärenz im Internationalen Privat- und Ver-

Im Familienrecht ist die *floating clause* zwar unter den benannten Umständen möglich, aber zumeist wegen damit verbundener informatorischer Mängel und Übervorteilungsgefahren abzulehnen. Das Motto heißt hier eher: tatsächliche Grundlagen der Freiheit wahren. Im Erbrecht handelt es sich nicht um eine *floating clause* im eigentlichen Sinne, sondern um eine eng begrenzte dynamische Rechtswahlmöglichkeit einer einzelnen Person, die bei hinreichender Bestimmbarkeit hingenommen werden kann. Dagegen ist zumindest im Fahrwasser des Wirtschaftsrechts die Kritik an der *floating clause* ungerechtfertigt. Ausgehend von der Erkenntnis, dass die Rom I- und Rom II-Verordnungen eine nachträgliche Rechtswahl zulassen, ist eine über die *floating clause* zeitlich verschobene Konkretisierung der anwendbaren Rechtsordnung durch die Vertragsparteien zulässig.

Im Wirtschaftskollisionsrecht, also nach den Rom I- und Rom II-Verordnungen, lässt sich die schwebende Rechtswahl meist sicher erden. Hier entspringt die *floating clause* einem legitimen Parteiinteresse und das Recht sollte diese Praxis grundsätzlich akzeptieren. Unter Umständen fördern *floating clauses* einen Wettlauf der Parteien um das jeweils günstigste Forum (*forum running*) und insbesondere einen Wettlauf zwischen Leistungsklage und negativer Feststellungsklage.[128] Allerdings ist die umgekehrte Lage zu beachten: Allzu leicht erweist sich die Anwendung gerade des Fremdrechts aufgrund der Gutachterkosten und sonstiger Umstände als überstark prohibitiv bei der Rechtsverfolgung. Als Gesamtfazit lässt sich ziehen: Den Parteiwillen auch bei der *floating clause* möglichst großzügig zu akzeptieren, entspricht der grundlegenden Bedeutung der autonomen Gestaltung der verschiedenen Privatrechtsverhältnisse – sei es durch Privat- oder durch Parteiautonomie –, der sich *Jürgen Basedow* intensiv gewidmet hat und sicher weiter widmen wird. Wir sind gespannt!

---

fahrensrecht (Fn. 6) 336–358, 354; s. zu Fragmentierungen weiter *Katharina Boele-Woelki,* What Family Law for Europe?, RabelsZ 82 (2018) 1–30, 6 ff.

[128] *Mankowski,* Besondere Arten (Fn. 41) 455 (dort auf S. 457 zur Widerklage).

Mehr Freiheit wagen in der Zwangsvollstreckung

Plädoyer für eine Neuordnung und Neubewertung von Vollstreckungsvereinbarungen

Christian Heinze

I. Einleitung

„[E]s soll vollstreckt und nicht verhandelt werden“[1] – mit dieser Bemerkung zum Vollstreckungsverfahren aus dem Lehrbuch von Leo Rosenberg lässt sich auch die traditionelle Haltung der Prozessualistik gegenüber Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über die Voraussetzungen, den (zeitlichen, gegenständlichen oder modalen) Zugriff[2] und das Verfahren der Zwangsvollstreckung[3] prägnant zusammenfassen. Solche Vereinbarungen, die ihre Wirkungen[4] auf vollstreckungsrechtlichem und nicht (wie etwa Stundung oder Erlass) auf materiellem Gebiet entfalten,[5] wurden bis in die Wei-

---

[1] *Leo Rosenberg,* Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts (Berlin 1927) § 188 I = Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts[9] (München 1961) § 182 I: „Das Vollstreckungsverf. ist nicht kontradiktorisch gestaltet, denn es soll vollstreckt und nicht verhandelt werden“.

[2] Zur Kategorisierung auch *Gerhard Wagner,* Prozeßverträge (Tübingen 1998) 732, der zwischen dem dauerhaften oder vorübergehenden Ausschluss jeder Zwangsvollstreckung, der modalen Vollstreckungsbeschränkung durch Ausklammerung bestimmter Vollstreckungsinstrumente und der gegenständlichen Beschränkung der Zwangsvollstreckung unterscheidet.

[3] Zur Definition *Hans Friedhelm Gaul/Eberhard Schilken/Ekkehard Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht[12] (München 2010) § 33 Rn. 2: „Begrifflich sind unter Vollstreckungsvereinbarungen alle Verträge zwischen Gläubiger und Schuldner zu verstehen, durch die sie auf das Vollstreckungsverfahren einwirken und ihr gegenseitiges Können, Dürfen und Sollen in der Zwangsvollstreckung regeln, gleich, ob die Vereinbarung dem ‚Ob‘, ‚Wie‘ oder ‚Wann‘ der Durchführung der Zwangsvollstreckung gilt.“ Zur Maßgeblichkeit des Dispositionsgegenstands auch *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 743 ff.; *Hans-Joachim Musielak,* Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung, in: FS Schilken (München 2015) 749. Eine materiellrechtliche und keine vollstreckungsrechtliche Vereinbarung ist demgegenüber gegeben, wenn der Bestand des materiellen Rechts (z.B. durch Erlass) oder seine materiellrechtliche Durchsetzbarkeit (z.B. durch Stundung) betroffen ist, *Othmar Jauernig/Christian Berger,* Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht[23] (München 2010) § 1 Rn. 30. Allerdings ist es möglich, materielle und vollstreckungsrechtliche Elemente in einer Vereinbarung zu kombinieren, z.B. eine Ratenzahlungsverpflichtung mit einem Vollstreckungsaufschub (vgl. § 802b Abs. 2 ZPO), es bleibt dann allerdings im Hinblick auf die vollstreckungsrechtlichen Wirkungen bei der Rechtsnatur als vollstreckungsrechtlicher Vertrag, *Markus Würdinger,* in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung[23] (Tübingen 2017) § 802b Rn. 5, 11. Ausführlich zur Rechtsnatur *Ursula Rinck,* Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht (Frankfurt am Main 1996) 43 ff.

[4] Zum Teil wird auch auf die „Hauptwirkungen“ abgestellt, *Markus Philipp,* Zulässigkeit und Durchsetzbarkeit von Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung, Rpfleger 2010, 456, 458. Nicht vertieft werden soll hier die – eher theoretische, *Wolfgang Fleck,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO[28] (München 2018) § 803 Rn. 26, 29 – Frage, ob Vollstreckungsvereinbarungen prozessuale Verpflichtungs- oder Verfügungswirkung haben, dazu *Musielak,* Parteivereinbarungen (Fn. 3) 749, 753.

[5] Zur Abgrenzung anhand der von den Parteien beabsichtigten Wirkungen *Gerhard Schiedermair,* Vereinbarungen im Zivilprozeß (Bonn 1935) 38 ff.; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 33 Rn. 2; *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2)

marer Republik als unzulässig angesehen.[6] Heute ist die kategorische Ablehnung einer begrenzten Anerkennung gewichen: Soweit sie nicht ausnahmsweise gesetzlich geregelt sind,[7] werden regelmäßig nur[8] *vollstreckungsbeschränkende* Vereinbarungen akzeptiert, die die Vollstreckung zu Gunsten des Schuldners einschränken, während *vollstreckungserweiternde* Vereinbarungen als unzulässig angesehen werden.[9] Nur selten thematisiert[10] oder –

---

27 f. will auf den „Vertragsgegenstand" abstellen, räumt aber ein, dass „sich die beiden Abgrenzungskriterien der Wirkung und des Gegenstandes nur der Formulierung nach, nicht aber inhaltlich" unterscheiden (28). Für eine materiellrechtliche Qualifikation einzelner Vollstreckungsvereinbarungen aber *Dieter Scherf,* Vollstreckungsverträge (Köln 1971) 59, 62 f., 71 f., 73.

[6] *Rosenberg,* Zivilprozessrecht (Fn. 1) § 186 III 3: „wirkt nur privatrechtlich; sie bewirkt eine Beschränkung der ZwV nur dann, wenn sie zu einer Beschränkung des VT., insbesondere im Urteil geführt hat; nachträglich vermag sie dies nur auf dem Wege des § 767 und in den Grenzen des § 767 II"; zur Entwicklung des Meinungsstands sogleich unter II.1. und 2.

[7] Vgl. §§ 802b Abs. 2, 816, 876 Satz 3 ZPO (ggf. i.V.m. § 115 ZVG), §§ 59 Abs. 1 Satz 3, 91 Abs. 2, 143 ZVG, zum einseitigen Verzicht auch § 843 ZPO; zur einseitigen Vollstreckungsunterwerfung § 794 ZPO.

[8] Für eine Zulässigkeit auch vollstreckungserweiternder Vereinbarungen aber *Volker Emmerich,* Zulässigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, ZZP 82 (1969) 413, 423 ff.; *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 69 ff.; *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 756 ff.

[9] *Wolfgang Münzberg,* in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung[22] (Tübingen 2002) Vor § 704 Rn. 99 f.: „[f]ür vollstreckungserweiternde Abreden ist nur ganz beschränkter Raum"; *Christoph Paulus,* in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze[4] (Berlin 2013) Vor § 704 Rn. 32: Beschränkung „eher zulässig" als Erweiterung; *Winfried Schuschke,* in: Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz[6] (Köln 2016) Einführung Buch 8 ZPO Rn. 11; *Rolf Lackmann,* in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung[14] (München 2017) Vor § 704 Rn. 17; *Peter Hartmann,* in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung[76] (München 2018) Grundz § 704 Rn. 27; *Mark Seibel,* in: Zöller, Zivilprozessordnung[32] (Köln 2018) Vor § 704 Rn. 25 f.; *Fritz Baur/Rolf Stürner/Alexander Bruns,* Zwangsvollstreckungsrecht[13] (Heidelberg 2006) Rn. 10.3, 10.9; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 33 Rn. 21: „bewährte Unterscheidung"; *Arwed Blomeyer,* Zivilprozeßrecht – Vollstreckungsverfahren (Berlin 1975) § 34 IV; *Jauernig/Berger,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 1 Rn. 28; *Olaf Muthorst,* Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrechts[2] (Baden-Baden 2016) § 2 Rn. 12; *Udo Hintzen/Hans-Joachim Wolf,* Handbuch der Mobiliarvollstreckung[2] (München 1999) Teil B Rn. 322 f.; *Rolf Stürner,* Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP (1986) 291, 302; *Eberhard Schilken,* Anmerkung, JR 1992, 283, 284; *Curt Wolfgang Hergenröder,* Die Vollstreckungsvereinbarung im System der Zwangsvollstreckung, DGVZ 2013, 145, 147 ff.; wohl auch *Christian Seiler,* in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung[38] (München 2017) § 766 Rn. 24 f., der sich nur zu vollstreckungsbeschränkenden Absprachen äußert. *Philipp,* Rpfleger 2010, 456, 458 will die Zulässigkeit sowohl von vollstreckungsbeschränkenden wie von vollstreckungserweiternden Vereinbarungen „unter Zugrundelegung einheitlicher Wertungskriterien" würdigen, lehnt aber in allen von ihm diskutierten Beispielen (461 ff.) eine Zulässigkeit vollstreckungserweiternder Vereinbarungen ab. Zur gleichen Differenzie-

außerhalb expliziter gesetzlicher Gestattung[11] – generell als unzulässig angesehen werden[12] Vereinbarungen über die *Voraussetzungen* und das *Verfahren* der Zwangsvollstreckung, die sich nicht in die „gängige Grob-Differenzierung[13]" zwischen Erweiterung und Beschränkung der Vollstreckung einordnen lassen.[14] Obwohl durchaus denkbar ist, dass sich bei manchen solcher

---

rung im griechischen Recht *Dimitrios Tsikrikas,* Bemerkungen zur Struktur und Funktion des griechischen Vollstreckungsrechts, ZZPInt 1 (1996) 119, 121. Anders *Jürgen Stamm,* Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts (Tübingen 2007) 143, der auf Grundlage seiner Anlehnung des Vollstreckungsrechts an das Verwaltungsrecht sowohl vollstreckungserweiternde wie (Fn 327) vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen als unzulässig ansieht. Siehe auch die weiteren Nachweise unten Fn. 44–49.

[10] Differenzierter *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 749, der auf Grundlage seiner Differenzierung zwischen Befugnis- und Normdisposition vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen als „prozessuale Verpflichtungsverträge" (Befugnisdisposition) und vollstreckungserweiternde Vereinbarungen als „Vertrag im Rahmen des dispositiven Prozeßrechts" (Normdisposition) ansieht und zu diesen neben dem Verzicht auf Schuldnerschutzbestimmungen auch Vereinbarungen über die Einzelheiten des Vollstreckungsverfahrens (etwa nach §§ 816 Abs. 1, 2, 825 Abs. 1 S. 2 ZPO) zählt. Differenzierend nach Vertragsgegenstand *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 61 ff.; differenzierend zwischen Vollstreckungsart und Vollstreckungsgegenstand einerseits und Vollstreckungsverfahren andererseits auch *Stürner,* ZZP 99 (1986) 302, 306; siehe auch *Hans Friedhelm Gaul,* Zur Struktur der Zwangsvollstreckung, Rpfleger 1971, 1, 3.

[11] Oben Fn. 7.

[12] Stein/Jonas/*Münzberg* (Fn. 9) Vor § 704 Rn. 100 f.: „Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Vollstreckungshandlungen sind grundsätzlich der Parteivereinbarung entzogen", „Ersetzung eines gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens durch ein anderes oder der Austausch von Vollstreckungsarten ist unzulässig"; Wieczorek/Schütze/*Paulus* (Fn. 9) Vor § 704 Rn. 33; *Schuschke*/Walker (Fn. 9) Einführung Buch 8 ZPO Rn. 12; Musielak/Voit/*Lackmann* (Fn. 9) Vor § 704 Rn. 17; Zöller/*Seibel* (Fn. 9) Vor § 704 Rn. 24: „ZwV ist als formalisiertes Verfahrensrecht […] zwingendes Recht"; *Baur/Stürner/Bruns,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 9) Rn. 10.2: „Arten der Zwangsvollstreckung und das […] Verfahren sind der Disposition der Parteien entzogen".

[13] *Matthias Cornils,* Die Ausgestaltung der Grundrechte (Tübingen 2005) 242.

[14] Zu dieser Kategorisierung etwa *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker,* Zwangsvollstreckungsrecht[10] (München 2014) Rn. 200: „*Vollstreckungsbeschränkende* Absprachen sind solche, welche die dem Gläubiger gesetzlich eingeräumte Vollstreckungsbefugnis einschränken. […] *Vollstreckungsausschließende* Vereinbarungen sind solche, welche die Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers ganz ausschließen. […] *Vollstreckungserweiternde* Absprachen sind solche, welche die Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers über die vom Gesetz vorgesehenen Rechte hinaus erweitern." Die Einteilung anhand der Kriterien Einschränkung oder Erweiterung der Vollstreckung soll darüber entscheiden, ob die Vereinbarung zulässig ist, *Brox/Walker,* ebd. Rn. 201: „Ob es sich im *Einzelfall* um eine gültige oder nichtige Vollstreckungsvereinbarung handelt, kann regelmäßig danach beurteilt werden, ob die Vollstreckung eingeschränkt oder erweitert werden soll". In der aktuellen Auflage *Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker,* Zwangsvollstreckungsrecht[11] (München 2018) Rn. 200 a.E. findet sich (ersichtlich erstmals) zusätzlich die Kategorie der „vollstreckungsmodifizierenden Absprache", die dazu diene, „die gesetzlichen Wirkungen der Vollstre-

Vereinbarungen *ex ante* überhaupt nicht beurteilen lässt, ob sie günstiger oder ungünstiger für den Schuldner als das gesetzliche Modell sein werden (z.B. wenn die Parteien eine andere als die gesetzliche Verwertung vereinbaren),[15] dürften sie nach (weitgehend) unbestrittener Auffassung unzulässig sein.[16] Der Stand der heutigen, im Wesentlichen seit den 1930er Jahren unveränderten Dogmatik zur Zulässigkeit von Vollstreckungsvereinbarungen lässt sich mit dem Bundesgerichtshof wie folgt zusammenfassen:

> „Die Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsverfahrens sind grundsätzlich zwingendes Recht. Das schließt zwar nicht aus, dass die Parteien vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen treffen können. Die Vollstreckung erweiternde Vereinbarungen zu Lasten des Schuldners oder ein Verzicht auf den Schuldner schützende Zwangsvollstreckungsvorschriften sind aber – jedenfalls im Voraus – regelmäßig unzulässig".[17]

Angesichts des engen Spielraums für die Gestaltungsfreiheit der Parteien mag man sich fragen, ob man das Oberthema unseres Symposiums „Mehr Freiheit wagen" überhaupt mit einem Gebiet wie dem *Zwangs*vollstreckungsrecht verbinden kann, in dem es bereits nach dem Wortsinn um das Gegenteil von Freiheit geht. Allerdings ist *Jürgen Basedow* niemand, der sich aufgrund überkommener Vorstellungen davon abhalten ließ, über die Möglichkeit von Freiheit nachzudenken. In dieser Geisteshaltung möchte ich aufzeigen, dass die heute gängige Unterscheidung zwischen zulässigen Vollstreckungsbeschränkungen und unzulässigen Erweiterungen der Vollstreckung weder der gesetzlichen Regelung noch den Interessen der Parteien gerecht wird,[18] und stattdessen eine Systematisierung der Vereinbarungen über die Zwangsvollstreckung vorschlagen, die eine Entscheidung über die Abdingbarkeit der konkreten Norm per Vereinbarung jeweils anhand des Gegenstands der konkreten Vereinbarung ermöglicht. Es geht mir also um die grundsätzliche Frage nach der Privatautonomie im Vollstreckungsrecht und darum, auch im Vollstreckungsrecht mehr Freiheit zu wagen.

Meinen Ansatz möchte ich in drei Schritten vorstellen. Im ersten Schritt möchte ich kurz die Entwicklung der Vollstreckungsvereinbarung seit Inkrafttreten der Civilprozeßordnung (CPO) skizzieren (unten II.). Im zweiten Schritt werde ich aufzeigen, weshalb die Unterscheidung in (zulässige) vollstreckungsbeschränkende und (unzulässige) vollstreckungserweiternde Ver-

---

ckung abzuändern", auf die allerdings bei der sodann folgenden Beurteilung der Zulässigkeit der Vollstreckungsvereinbarungen (Rn. 201 ff.) nicht wieder eingegangen wird.

[15] Siehe bereits *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 62. *Musielak,* Parteivereinbarungen (Fn. 3) 749, 753, 755 nennt die Beispiele der §§ 816, 876 Satz 3 ZPO, in denen die Bewertung einer Parteivereinbarung als vollstreckungsbeschränkend oder vollstreckungserweiternd „der Interessenlage nicht gerecht" werde.

[16] Nachweise in Fn. 12.

[17] BGH 2.2.2012 – I ZB 95/10, GRUR 2012, 957, 958, Rn. 13 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren.

[18] Ähnliche Ansätze finden sich bei den in Fn. 10 zitierten Autoren.

einbarungen aus rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Gründen nicht zu überzeugen vermag (unten III.). Im dritten Schritt werde ich einen eigenen Standpunkt entwickeln und diesen anhand von zwei Beispielen illustrieren (unten IV.). Der Beitrag schließt mit zusammenfassenden Thesen (unten V.).

II. Die Entwicklung der Vollstreckungsvereinbarungen

1. Vollstreckungsvereinbarungen als Verträge des materiellen Rechts

Beginnen wir mit einem Blick auf die Entwicklung der Dogmatik.[19] Nach Inkrafttreten der CPO im Jahr 1879 wurden Vollstreckungsvereinbarungen zunächst als Verträge des materiellen Rechts qualifiziert,[20] etwa als Verzicht auf die Ausübung des Vollstreckungsrechts,[21] als Vereinbarung über die „Realisierbarkeit des Anspruchs",[22] als Verpflichtung zur Unterlassung der Vollstreckung[23] oder als enthaftender Vertrag.[24] Die „Reactionsfähigkeit"

---

[19] Dazu die hilfreiche Darstellung bei *Christel Schug,* Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages (Bonn 1969) 30 ff., 72 ff., 87 ff., 117 ff., auf deren Nachweisen die folgenden Ausführungen aufbauen.

[20] Ausführlich zu den unterschiedlichen materiellrechtlichen Ansätzen *Schug,* Dogmatik (Fn. 19) 87 ff. Zu *vollstreckungsbeschränkenden* Vereinbarungen OLG Stuttgart 11.11.1887 – I. Sen., Seufferts Archiv 43 (1888) Nr. 314, 474, 475: Vereinbarung, weitere Zwangsvollstreckungen nicht vorzunehmen, sei „Einwendung gegen den Anspruch selbst"; RG 27.2.1889 – V 328/88, Seufferts Archiv 44 (1889) Nr. 236, 334: Versprechen, ein Urteil „binnen bestimmter Frist nicht vollstrecken [zu] lassen", „entspringt dem materiellen Recht"; RG 26.1.1901 – I B 10/1901, JW 1901, 122: Zuwiderhandeln gegen das Versprechen, aus einem Urteil „Rechte gegen den Kl nicht geltend machen zu wollen", begründe „arglistiges Verhalten" und damit eine Einwendung i.S.d. § 767 ZPO; OLG Hamm 26.2.1910 – 6. ZS, OLG-Rspr. 20 (1910) 339: Klausel mit dem Inhalt „Dem Gläubiger ist das Recht genommen, die mir gehörenden Möbel anzugreifen" fällt unter § 767 ZPO. *Vollstreckungserweiternde* Vereinbarungen wurden ohnehin als unzulässig angesehen, RG 19.11.1909 – III 566/08, RGZ 72, 181, 183: Verzicht auf Pfändungsschutz unwirksam; RG 9.12.1913 – III 417/13, RGZ 83, 336, 339: Verzicht auf die Wartefrist des § 798 ZPO unwirksam; RG 8.2.1930 – VII 645/29, RGZ 128, 81, 85: Verzicht auf Einstellungswirkung eines gerichtlichen Beschlusses unzulässig („Voraussetzungen und Grenzen der staatlichen Vollstreckungshandlungen sind begrifflich den Abmachungen der Parteien entzogen"). Siehe aber auch RG 25.6.1929 – III 485/28, RGZ 125, 286, 288: Verstoß gegen § 798 ZPO durch nachträglichen Ablauf der Frist heilbar.

[21] *Paul Langheineken,* Der Urteilsanspruch (Leipzig 1899) 181: „Einwendungsklage findet Anwendung, […] wenn der Vollstreckungsberechtigte […] auf die Ausübung seines Vollstreckungsrechtes verzichtet hat".

[22] *Gustav Sintenis,* Der simulirte Prozess, ZZP 30 (1902) 358, 400 (Verpflichtung zur Unterlassung der Vollstreckung wirksam), 408: Vereinbarung „betrifft zweifellos die Möglichkeit der Vollstreckung und damit eben die Realisirbarkeit des Anspruchs".

[23] *Paul Oertmann,* in: Konrad Hellwig/Paul Oertmann, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Zweiter Teil (Leipzig 1919) 145 ff., 147.

wurde zum materiellen Anspruch gezählt, und zwar auch dann, wenn es nur um die Möglichkeit ging, „den Anspruch in bestimmter Weise in Exekution zu setzen“.[25] Gemeinsam war diesen materiellrechtlichen Lesarten der Vollstreckungsvereinbarung, dass die Parteien nur den materiellen Anspruch selbst oder eine materiellrechtliche Verpflichtung, von dem Titel keinen Gebrauch zu machen, zum Gegenstand ihrer Vereinbarung machen konnten. Nicht einer Vereinbarung zugänglich war demgegenüber das vom Anspruch zu unterscheidende „publizistische“ Vollstreckungsrecht, weil es als ein Recht nicht des Gläubigers, sondern des Staates verstanden wurde und daher nicht disponibel sei.[26] Diese „Flucht in das materielle Recht“ passte in das Gesamtbild der damals vorherrschenden Überzeugung in der Prozessrechtswissenschaft, dass das Prozessrecht alle Verträge verbiete, die nicht explizit erlaubt seien.[27] Um Vereinbarungen der Parteien über die Vollstreckung überhaupt zu akzeptieren, mussten sie in ein materielles Gewand gekleidet sein. Immerhin deutete sich an, dass auch eine „materiellrechtliche“ Vollstreckungsvereinbarung Wirkungen entfalten konnte, indem sie der abredewidrigen Vollstreckung über § 767 ZPO entgegengehalten werden oder zumindest einen Schadensersatzanspruch gegen den abredewidrig vollstreckenden Gläubiger auslösen konnte.

---

[24] *Hans Reichel,* Gewillkürte Haftungsbeschränkung, in: FS Georg Cohn (Zürich 1915) 203, 220: Abmachung, der Gläubiger solle eine gewisse Vollstreckung oder Vollstreckungsart nicht betreiben können, sei „schlüssige Enthaftung“ derjenigen Gegenstände, auf die anders als in Form jener Vollstreckung nicht zugegriffen werden kann.

[25] *Josef Kohler,* Ueber prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, GruchotB 31 (1887) 276, 312: „der pfändende Gläubiger begeht durch die Pfändung einen Versprechensbruch, […] und dieser Versprechensbruch verpflichtet ihn zur Aufhebung der Vollstreckung“.

[26] Siehe etwa Hellwig/*Oertmann,* System (Fn. 23) 147: „Da der Vollstreckungsanspruch kein Anspruch gegen den Beklagten ist, überhaupt kein Privatrecht, so kann der Gläubiger auch nicht durch Verzicht auf das Vollstreckungsrecht dem Schuldner gegenüber oder durch Vereinbarung einer Haftungsbeschränkung mit ihm den Anspruch beseitigen oder einschränken. Allerdings sind derartige Abreden im Rahmen der allgemeinen Vertragsregeln wirksam. Aber nur materiellrechtlich.“

[27] Zum Verbot des Konventionalprozesses etwa *Oskar Bülow,* Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1880) 1, 62 ff. zu „außergerichtlichen Parteiverträgen über den zukünftigen prozessualistischen Beweis“; siehe auch *Bülow,* ebd. 8 f., 39, 45 zur Möglichkeit eines dispositiven Zivilprozessrechts; *Armin Ehrenzweig,* Ueber processrechtliche Verträge und Creationen, GrünhutsZ 18 (1891) 228, 237: „Grundsatz, dass processrechtliche Verträge nur dort gelten, wo sie das Gesetz besonders gestattet hat“; *Konrad Hellwig,* System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil (Leipzig 1912) 450: „Weitere Fälle von prozessual wirksamen Vereinbarungen kennt das Gesetz nicht und gibt es nach dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß wir keinen Konventionalprozeß haben, nicht“. Siehe auch die prägnante Zusammenfassung bei *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 49.

2. Vollstreckungsvereinbarungen als prozessuale Disposition des Gläubigers

Mit dem Ende des Kaiserreichs kam dann langsam die Erkenntnis auf, dass es neben Vereinbarungen auf materiellem Gebiet auch Vereinbarungen über die Vollstreckung als solche geben müsse, die keine materiell-rechtlichen Wirkungen entfalten und damit etwa die Verzugsfolgen,[28] die Verjährung und die Aufrechnungsbefugnis unberührt lassen. So finden sich seit der Wende zum 20. Jahrhundert erste obergerichtliche Entscheidungen, die einen Verzicht des Gläubigers auf einzelne Vollstreckungsarten wie etwa den Offenbarungseid oder die Beschränkung auf eine Sicherungshypothek vollstreckungsrechtlich qualifizieren und als Ausfluss der Dispositionsmaxime des Gläubigers akzeptieren.[29] Auch in der Wissenschaft zeichnete sich eine Wende ab: Während im 19. Jahrhundert nur vereinzelt Autoren für ein prozessual-vollstreckungsrechtliches Verständnis von Vollstreckungsvereinbarungen plädiert hatten,[30] mehrten sich nun die Stimmen, die sich für eine Abkehr von der materiell-rechtlichen Sichtweise aussprachen.[31] Das „Verbot des Konventionalprozesses" wurde durch eine liberalere Sichtweise abgelöst, die einen prozessrechtlichen

---

[28] Durch einen Vollstreckungsaufschub bleibt die Fälligkeit der Forderung unberührt, BayVGH 11.3.2010 – 14 B 08.2025, Rn. 30 (juris).

[29] OLG Dresden 21.6.1905 – 4. ZS, OLG-Rspr. 13 (1906) 198, 199: Ein Verzicht des Gläubigers auf den Offenbarungseid ist zulässig und nicht über § 767 ZPO, sondern über § 900 ZPO a.F. geltend zu machen, „da der Einwand nicht eine Beschränkung des materiellen Anspruchs" betrifft. Zur Zulässigkeit OLG Dresden, ebd.: „Verträge der Beteiligten in bezug auf das Prozeß-, besonders das Vollstreckungsverfahren können nur dann […] als unwirksam, weil gegen das öffentliche Recht verstoßend, behandelt werden, wenn sie dazu führen, daß der Richter zu einem Verfahren genötigt werden soll, das den Vorschriften der Gesetze widerspricht, nicht aber, wenn er […] lediglich an der Durchführung eines Zwangsmittels gehindert werden soll, von dem Gebrauch zu machen er überhaupt nur auf[grund] eines besonderen […] Antrags des Gläubigers in die Lage kommt". OLG München 22.12.1914 – 3. ZS, OLG-Rspr. 31 (1915) 92, 93: Beschränkung der Vollstreckung auf die Eintragung einer Sicherungshypothek sei nicht Bestreiten des Anspruchs selbst, sondern der Vollstreckungsart und daher über § 766 ZPO geltend zu machen; KG 12.5.1916 – 11. ZS, OLG-Rspr. 33 (1916) 129: Vereinbarung des Ruhens des Offenbarungseidverfahrens wendet sich nicht gegen den Urteilsanspruch; mögliche Klage auf Unterlassung der Vollstreckung wird offen gelassen; siehe auch (*obiter*) OLG Karlsruhe 5.10.1905 – 3. ZS, OLG-Rspr. 13 (1906) 188, 189: Vollstreckungsaufschub gegen Ratenzahlung denkbar als „Ausstand mit der Urteilsvollstreckung unter [einer] Bedingung" bei „Aufrechterhaltung des urteilsmäßigen Anspruchs". RG 26.5.1910 – VI 66/10, JW 1910, 709 f. warf *obiter* die Frage auf, ob eine Vereinbarung der Parteien, der Schuldner werde Anerkenntnisurteil gegen sich ergehen lassen, der Gläubiger daraus aber nicht vollstrecken, nicht den (materiellen) Anspruch selbst (i.S.d. § 767 ZPO), sondern vielmehr die Vollstreckung betreffe. Vgl. auch die Diskussion um den Verzicht des Pfändungsschutzes nach § 811 ZPO, dazu RG 19.11.1909, RGZ 72, 181, 183.

[30] Etwa *E. Lewinsohn,* Das Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides, ZZP 14 (1890) 96, 121, der sich für eine Geltendmachung solcher Vereinbarungen über § 766 ZPO (§ 685 CPO a.F.) ausspricht.

Vertrag nicht nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung akzeptieren wollte, sondern bereits dann, „wenn aus öffentlichem Interesse keine Bedenken gegen seine Zulässigkeit bestehen".[32] Für Vollstreckungsvereinbarungen hatte diese Differenzierung zur Folge, dass nun vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen mit unmittelbarer[33] prozessualer Wirkung in Bezug auf „bestimmte (konkrete) Vollstreckungsbefugnisse"[34] des Gläubigers zugelassen wurden,[35] während die Disposition über den Vollstreckungsanspruch als solchen („Abreden, von dem Urteil überhaupt oder in bestimmter Frist keinen Gebrauch zu machen"[36]) nach wie vor als unzulässig galt.[37] Die Liberalisierung wurde mit der Dispositionsmaxime und der Verfahrensherrschaft des Gläubigers begründet: Wenn der Gläubiger über die Einleitung der Voll-

---

[31] In diese Richtung *H. Roquette,* Vollstreckungsverträge, ZZP 49 (1925) 160: Einerseits sieht er als Gegenstand des vollstreckungsrechtlichen Vertrages das „Vollstreckungsrecht des Gläubigers" (161) als „Korrelat einer wesentlichen Eigenschaft des Vollstreckungstitels, nämlich der Vollstreckbarkeit", das mit dem Anspruch als solchen nichts zu tun habe (167). Dieses Recht bestehe „allein im Interesse des Gläubigers" und sei dementsprechend verzichtbar (161). Andererseits sei der Vollstreckungsvertrag, „wenn er auch als prozeßrechtlicher Vertrag prozessuale Wirkung zu äußern bestimmt ist, doch als ein privatrechtlicher Vertrag mit schuldrechtlichen Wirkungen anzusprechen" (166 f.).

[32] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 58; *R. Sachse,* Beweisverträge, ZZP 54 (1929) 409, 412: „Nicht richtig ist, daß alle Vorschriften als zwingend gelten müssen, soweit das Gesetz nicht zur Abweichung ermächtige. […] Es gilt nicht, was nicht erlaubt ist, ist verboten, sondern, was nicht verboten ist, kann erlaubt sein".

[33] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 95: keine Verpflichtungswirkung, sondern einer „[prozessualen dinglichen] Verfügungswirkung vergleichbar"; eine Verpflichtungswirkung daneben sei überflüssig (96, 130); die „Vollstreckungsmöglichkeit als prozessuales Recht [wird] unmittelbar ausgeschlossen" (134). Dementsprechend plädiert *Schiedermair* für die Geltendmachung von Vollstreckungsverträgen über § 766 ZPO (135).

[34] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 85, 94.

[35] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 83 f.: „grundsätzliche Zulässigkeit gegenseitiger prozessualer Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über die Zwangsvollstreckung", aber Unzulässigkeit „vollstreckungserweiternder Verträge".

[36] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 85. Die Differenzierung zwischen zulässigen Vereinbarungen über „bestimmte Vollstreckungsbefugnisse" (z.B. gegenständlich und umfänglich beschränkende Vereinbarungen) und unzulässigen Vereinbarungen über den Vollstreckungsanspruch als solchen sieht *Schug,* Dogmatik (Fn. 19) 126 ff., 155 ff., 171 ff. als die Schwäche der Arbeit von Schiedermair.

[37] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 92: der Gläubiger könne nicht durch Vereinbarung mit dem Schuldner sein Recht gegen den Verpflichteten (Staat) zum Untergang bringen, „wo doch die Aufgabe dieses Rechts dem Verpflichteten selbst gegenüber undenkbar ist". Es gebe „das Interesse und die Pflicht des Staates, dem Recht praktische Geltung zu verschaffen" (92), andernfalls drohe der Rückschritt zur Selbsthilfe (93). *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 94 gestattet allerdings materiellrechtliche Vereinbarungen über den Vollstreckungsanspruch als solchen (z.B. als Verzicht, Stundung, Haftungsbeschränkung oder *pactum de non petendo*). Hier hält sich offenbar noch ein Restbestand der älteren Lehre (Fn. 26) vom unverzichtbaren publizistischen Vollstreckungsanspruch.

streckung entscheiden und einseitig auf die durch Pfändung erworbenen Rechte verzichten dürfe (vgl. § 843 Satz 1 ZPO), dann dürfe er auch über einzelne Vollstreckungsbefugnisse disponieren, etwa durch eine Beschränkung der Vollstreckung auf bestimmte Gegenstände.[38] Eine solche Dispositionsfreiheit könne aber nur dem Gläubiger, nicht dem Schuldner zugestanden werden: Das Zwangsvollstreckungsrecht sei so aufgebaut, dass „es im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ein Maximum an Möglichkeiten und Rechten für den Gläubiger und ein Minimum des Schutzes für den Schuldner enthält".[39] Daraus ergebe sich, dass „Vereinbarungen zugunsten des Gläubigers und zuungunsten des Schuldners, sogen. ‚vollstreckungserweiternde' Verträge, unzulässig sind. Die Voraussetzungen und Grenzen der staatlichen Vollstreckungshandlungen sind mithin der Parteidisposition entzogen.[40]" Insbesondere dem – anfänglichen wie nachträglichen – Verzicht auf den Pfändungsschutz stehe das öffentliche Interesse entgegen, und zwar auch dann, wenn die Vorschriften nicht oder nicht nur dem Schutz des Einzelnen dienen.[41] In der nationalsozialistisch beeinflussten Literatur zum Vollstreckungsrecht wurden die Liberalisierungstendenzen sogleich zurückgewiesen. An die Stelle der „individualistischen Betrachtungsweise" sei eine vom „Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken" getragene Auffassung zu setzen, „in der der einzelne nicht als solcher, nicht als Individuum, sondern in seiner gliedmäßigen Verbundenheit mit der [sogenannten] Volksgemeinschaft zum Gegenstand rechtlicher Beziehungen gemacht wird". Mit dieser neuen „Gemeinschaftsordnung" sei die Annahme eines Anspruchs gegen den Staat auf Gewährung von Rechtsschutz (Vollstreckung) unvereinbar.[42] Wo kein Recht ist, da ist auch kein Raum für eine Vereinbarung über dieses Recht.[43]

---

[38] *Roquette,* ZZP 49 (1925) 160, 161; *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 85 f., 133 f. Gegen die Verallgemeinerbarkeit des § 843 ZPO wurde eingewandt, dass grundsätzlich Vollstreckungsmaßnahmen der Aufhebung durch das Vollstreckungsorgan bedürfen (§§ 776, 775 Nr. 1 ZPO), *Schug,* Dogmatik (Fn. 19) 126.

[39] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 84.

[40] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 84; ebenso bereits *Roquette,* ZZP 49 (1925) 160: „Ein ‚vollstreckungserweiternder' Vertrag wäre mithin, weil gegen § 134 und § 138 BGB verstoßend, nichtig"; *Kohler,* GruchotB 31 (1887) 276, 313.

[41] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 84: „publizistische Rücksichten". Diese Ausführungen ähneln – bis in die Formulierungen – der kurz vor Abfassung der Schrift von *Schiedermair* ergangenen Entscheidung RG 28.2.1930, RGZ 128, 81, 85 zur Unzulässigkeit des Verzichts auf Pfändungsschutz nach § 811 ZPO.

[42] *Johann Georg Raatz,* Vollstreckungsverträge (Berlin 1935) 23; siehe auch 20 ff. (kein Anspruch des Gläubigers auf Vollstreckung), 26 (Verzicht auf die Vollstreckungsbefugnis unzulässig).

3. Die heutige Unterscheidung von (zulässigen) vollstreckungsbeschränkenden und (unzulässigen) vollstreckungserweiternden Vereinbarungen

Nach dem Krieg knüpften Wissenschaft[44] und Rechtsprechung wieder an die Diskussion in der Weimarer Republik an. Die *Rechtsprechung* grenzte prozessuale Vollstreckungsvereinbarungen von materiellen Einwendungen ab[45] und billigte „angesichts der allgemeinen Vertragsfreiheit" einen „beschränkenden Vollstreckungsvertrag" mit dem Inhalt, dass „von einem Urteil nicht oder nur in bestimmter Weise Gebrauch gemacht werde".[46] In der Folge wur-

---

[43] Als Ausweg verweist *Raatz,* Vollstreckungsverträge (Fn. 42) 29 ff. auf eine lediglich schuldrechtliche Wirkung von Vollstreckungsvereinbarungen, die über § 767 ZPO analog geltend zu machen seien.

[44] Unmittelbar an die Differenzierung von Schiedermair knüpft sein Schüler Bohn an, *Karlheinz Bohn,* Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses, ZZP 69 (1956) 20: vollstreckungserweiternde „Konventionen sind unstreitig unwirksam, da Voraussetzungen und Grenzen der staatlichen Vollstreckungshandlungen der Parteidisposition entzogen sind". In seiner Dissertation setzt sich Bohn von vorneherein nur mit vollstreckungsausschließenden Verträgen auseinander, *Karlheinz Bohn,* Vollstreckungsausschließende Verträge (o.O., 1955). Ebenso *Arno Martin,* Pfändungspfandrecht und Widerspruchsklage im Verteilungsverfahren (Bielefeld 1963) 194 f., der sich für die Zulässigkeit lediglich „vollstreckungsbeschränkende[r] Verträge" (195) und die Unzulässigkeit vollstreckungserweiternder Verträge (194) ausspricht; *Hans-Jürgen Hellwig,* Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages (Bonn 1968) 89: Verträge über die Erweiterung der Zwangsvollstreckung unzulässig. Für eine Klärung im Einzelfall *Hans Friedhelm Gaul,* Zulässigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung – BGH, NJW 1968, 700, JuS 1971, 347, 348.

[45] BGH 11.12.1967 – III ZR 115/67, NJW 1968, 700 f.: „Einwendungen der Kläger betreffen nicht den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst"; jüngst BGH 18.5.2017 – VII ZB 38/16, NJW 2017, 2202, 2204, Rn. 43: „Die Vorschrift des § 767 Abs. 1 ZPO ist zwar bei lediglich vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen, mit denen die Vollstreckung in bestimmte Gegenstände ausgeschlossen wird, nicht unmittelbar anwendbar, weil aus derartigen Vereinbarungen *keine materiell-rechtlichen, den titulierten Anspruch selbst betreffenden Einwendungen* resultieren" (Hervorhebung nicht im Original); dazu *Susanne Lilian Gössl,* Anmerkung, NJW 2017, 2205: „neue prozessuale Klageart".

[46] BGH 11.12.1967, NJW 1968, 700; ebenso BGH 31.1.1955 – II ZR 10/54, BGHZ 16, 180, 183: Beschränkung eines Vollstreckungstitels auf Sicherungsmaßnahmen; OLG Hamm 7.2.1977 – 14 W 92/76, MDR 1977, 675. Allerdings – offenbar als Restbestand der alten Lehre vom unverzichtbaren „publizistischen" Vollstreckungsrecht (oben Fn. 26) – sei es unzulässig, einem Urteil die Vollstreckbarkeit zu nehmen, weil es dabei um die „Wirkungen staatlicher Hoheitsakte [gehe], die gesetzlich festgelegt und der Verfügung der Parteien grundsätzlich entzogen sind", BGH 11.12.1967, NJW 1968, 700. Dieser Vorbehalt hat heute keine praktische Bedeutung mehr, weil sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner wirksam verpflichten kann, von einem Titel insgesamt keinen Gebrauch zu machen, BGH 2.4.1991 – VI ZR 241/90, NJW 1991, 2295, 2296; OLG Düsseldorf 8.1.1987 – 6 W 150/86, NJW-RR 1987, 640. Zur Zulässigkeit auch (gänzlich) vollstreckungsausschließender Vereinbarungen *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 67; *Schilken,* JR 1992, 283, 284; *Cornils,* Ausgestaltung (Fn. 13) 243 f. (aus verfassungsrechtlicher Sicht);

den vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen in aller Regel[47] als zulässig[48] und vollstreckungserweiternde Vereinbarungen oder Vereinbarungen über das Vollstreckungsverfahren als unzulässig angesehen.[49] Auch in der *Wissenschaft* ist die Unterscheidung in zulässige vollstreckungsbeschrän-

---

Musielak, Parteivereinbarungen (Fn. 3) 749, 756; *Brox/Walker,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 14) Rn. 202; für Unzulässigkeit des vollständigen Vollstreckungsausschlusses nach wie vor *Baur/Stürner/Bruns,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 9) Rn. 10.8; *Hergenröder,* DGVZ 2013, 145, 149.

[47] Zu Ausnahmen unten III.1.d).

[48] BGH 2.4.1991, NJW 1991, 2295, 2296: „kann sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner rechtswirksam verpflichten, von einem erwirkten Titel ganz oder teilweise keinen Gebrauch zu machen"; BGH 2.2.2012, GRUR 2012, 957, 958, Rn. 13 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren: „die Parteien [können] vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen treffen"; BGH 2.12.2015 – VII ZB 42/14, NJW-RR 2016, 319, Rn. 7: „[D]er Gläubiger [kann] grundsätzlich sowohl die Art der Vollstreckungsmaßnahme, den Gegenstand, in den vollstreckt werden soll, als auch den Zeitpunkt bestimmen […], zu dem die Vollstreckung gegen den Schuldner erfolgen soll, soweit nicht zwingende Pfändungsschutzvorschriften oder sonstige zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstehen." Implizit auch BGH 27.3.2015 – V ZR 296/13, NJW-RR 2015, 915, 916, Rn. 11 und BGH 18.5.2017, NJW 2017, 2202, 2204 f., Rn. 45 mit dem Hinweis auf die entsprechende Anwendung des § 767 ZPO zur Geltendmachung solcher Vereinbarungen. Zur Reichweite solcher Vereinbarungen *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 72.

[49] BGH 2.2.2012, GRUR 2012, 957, 958, Rn. 13 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren: „Die Vollstreckung erweiternde Vereinbarungen zu Lasten des Schuldners oder ein Verzicht auf den Schuldner schützende Zwangsvollstreckungsvorschriften sind aber – jedenfalls im Voraus – regelmäßig unzulässig" (zum Verzicht auf die Androhung von Ordnungsmitteln i.S.d. § 890 Abs. 2 ZPO); zum Verzicht auf den Pfändungsschutz nach § 811 ZPO BayObLG 19.6.1950 – II a 2/1950, NJW 1950, 697, 698; KG 24.11.1959 – 1 W 1857/59, NJW 1960, 682; OLG Stuttgart 21.10.1970 – 1 U 59/70, NJW 1971, 50 (sogar für Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Übereignung pfändungsfreier Gegenstände, für Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Übereignung pfändungsfreier Gegenstände aber BGH 28.11.1960 – VIII ZR 211/59, WM 1961, 243, 244); zur Unzulässigkeit der Ersetzung der Vollstreckung nach § 887 ZPO durch diejenige nach § 888 ZPO OLG Hamm 11.10.1967 – 14 W 82/67, MDR 1968, 333, 334. Im Ausgangspunkt offener BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 7: „Der Gläubiger ist allerdings *grundsätzlich berechtigt,* über das Vollstreckungsverfahren zu disponieren, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht" (Hervorhebung nicht im Original); enger aber sogleich BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 8: die konkrete Disposition sei unzulässig, weil „keine gesetzliche Grundlage" dafür bestehe. Es bleibt also offen, ob im Grundsatz Dispositionsfreiheit herrscht (in den Grenzen zwingenden Rechts) oder ob die Disposition stets eine konkrete gesetzliche Gestattung erfordert (so wohl BGH 2.2.2012, GRUR 2012, 957, 958, Rn. 13 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren: „Die Bestimmungen des Zwangsvollstreckungsverfahrens sind grundsätzlich zwingendes Recht"). Richtigerweise war in der Entscheidung BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319 der Disposition des Gläubigers und der Vereinbarung mit dem Schuldner die Wirkung zu versagen, weil sie die Interessen und die Rechtsstellung Dritter (konkret des Drittschuldners) berührt, dazu unten Text bei Fn. 141.

kende[50] und unzulässige vollstreckungserweiternde Vereinbarungen bis heute vorherrschend.[51] Zwar weisen einige Autoren durchaus darauf hin, dass Vollstreckungsvereinbarungen aufgrund einer einheitlichen Wertungsgrundlage zu beurteilen seien.[52] Für die konkrete Zulässigkeitsprüfung kommen aber auch diese Stimmen, selbst wenn sie gegenüber erweiternden Vereinbarungen aufgeschlossener sind, auf die Differenzierung zwischen Erweiterung und Vollstreckung zurück.[53] Die kategoriale Unterscheidung in Beschränkung und Erweiterung der Vollstreckung wird daher im Regelfall jedenfalls in der Rechtsanwendung kaum in Frage gestellt, mit der Folge, dass eine Disposition über das Vollstreckungsverfahren, die sich nicht ohne weiteres als Beschränkung oder Erweiterung qualifizieren lässt,[54] nur selten thematisiert und im Regelfall pauschal als unzulässig angesehen wird.[55]

III. Kritik

Soweit zum *status quo*. Ich möchte nun darlegen, dass die eindimensionale Unterscheidung zwischen zulässigen Vollstreckungsbegrenzungen und unzulässigen Erweiterungen oder Modifizierungen der Vollstreckung nicht zu überzeugen vermag, und zwar aus rechtsdogmatischen ebenso wie aus rechtspolitischen Gründen.

---

[50] Allerdings wurde die Zulässigkeit vollstreckungsbeschränkender Vereinbarungen zuweilen dahingehend eingeschränkt, dass sie auf ein konkretes Verfahren beschränkt sein müssen und dass der zu vollstreckende materielle Anspruch bei Abschluss der Vollstreckungsvereinbarung bereits entstanden sein müsse, *Bohn,* ZZP 69 (1956) 20, 24 f.

[51] Nachweise oben in Fn. 9.

[52] *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 33 Rn. 1.

[53] So legen *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 33 Rn. 21 bei der Zulässigkeitsprüfung die „bewährte Unterscheidung" zugrunde (siehe die Überschriften unter § 33 IV), verweisen aber auch darauf, dass vollstreckungserweiternde Vereinbarungen in bestimmten Fällen zulässig sein können, § 33 Rn. 29, 32: Verzicht auf Pfändungsschutz gemäß § 811 ZPO bei oder nach der Pfändung sowie auf bestimmte Rechtsbehelfe. Von der üblichen Differenzierung ausgehend auch *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 422 ff. *Musielak,* Parteivereinbarungen (Fn. 3) 749, 755 will verfahrensregelnde Vollstreckungsverträge nur gestatten, wenn das Gesetz sie zulässt (vgl. §§ 816 Abs. 1 und 2, 802b Abs. 2, 843, 876 ZPO, 115 ZVG). Für Vollstreckungsvereinbarungen im Übrigen (755 ff.) entfaltet Musielak die übliche Differenzierung zwischen beschränkenden und erweiternden Verträgen, wobei er in begrenzten Fällen (§§ 811 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 11, 811c ZPO) auch den Verzicht auf Pfändungsschutz gestattet (758). Differenzierter aber *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 62, der im Schlagwort von der Unzulässigkeit vollstreckungserweiternder Verträge eine sachwidrige Vereinfachung erblickt und demgemäß die einzelnen Verträge nach ihren Gegenständen unterscheidet; differenzierter auch *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 749.

[54] Unten Fn. 56.

[55] Nachweise oben in Fn. 12.

1. Rechtsdogmatische Kritik

a) Zwei, nicht nur ein Modell der gesetzlich geregelten Vollstreckungsvereinbarung

Beginnen wir mit der Dogmatik. Wenn der ZPO tatsächlich eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen zulässigen vollstreckungsbeschränkenden und unzulässigen vollstreckungserweiternden Vereinbarungen zugrunde läge, so könnte man erwarten, diese in den gesetzlich geregelten Fällen der Vollstreckungsvereinbarungen wiederzufinden. Dies ist indes nicht der Fall. Vielmehr lassen sich im Gesetz zwei Modelle ausmachen. So gestattet § 816 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO Vereinbarungen über Zeit und Ort der Versteigerung gepfändeter Sachen. Hier lässt sich jedenfalls nicht *ex ante* bei Abschluss der Vereinbarung, wahrscheinlich überhaupt nicht davon sprechen, dass eine solche Vereinbarung für den Schuldner oder den Gläubiger günstiger sein wird als die gesetzliche Regelung. Eher ist naheliegend, dass sie beiden Parteien nützen wird, weil sie den Erlös insgesamt steigert.[56] Gleiches gilt für Vereinbarungen im Verteilungsverfahren (§ 876 Satz 3 ZPO), die von vorneherein das Verhältnis mehrerer Gläubiger und nicht das Verhältnis zum Schuldner betreffen. Diese Regeln differenzieren also nicht zwischen schuldnergünstigen und schuldnerungünstigen Dispositionen, sondern können im Einzelfall einen Vorteil für den Schuldner, den Gläubiger oder für beide schaffen.[57] Sie lassen sich also nicht in das Schema Vollstreckungsbeschränkung/-erweiterung einordnen, sondern gestatten den Parteien eine Modifikation des gesetzlichen Verfahrens. Das andere gesetzliche Modell findet sich in § 802b Abs. 2 ZPO, der die Möglichkeit eines Vollstreckungsaufschubs gegen eine Ratenzahlungsvereinbarung eröffnet. Hier wird vollstreckungsrechtlich nur der Vollstreckungsaufschub (§ 802b Abs. 2 Satz 2 ZPO) und damit eine schuldnergünstige Disposition gestattet. Allerdings können in eine solche Vereinbarung auch (materiellrechtliche) Sicherungen des Gläubigers aufgenommen werden,[58] was ebenfalls die Begrenztheit des Analyserasters „schuldnergünstig/-ungünstig“ demonstriert. Die unterschiedlichen gesetzlichen Modelle legen also nahe, dass nicht nur anhand der Parameter Beschränkung/Erweiterung zu differenzieren ist.

---

[56] *Musielak,* Parteivereinbarungen (Fn. 3) 749, 755 nennt das Beispiel der früheren Versteigerung gemäß § 816 ZPO und stellt zutreffend fest, dass eine Bewertung einer solchen Parteivereinbarung als vollstreckungsbeschränkend oder vollstreckungserweiternd „der Interessenlage nicht gerecht“ werde.

[57] *Musielak,* Parteivereinbarungen (Fn. 3) 749, 753.

[58] Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 802b Rn. 11.

b) Zwingender Charakter des Vollstreckungsrechts als öffentliches Eingriffsrecht?

Ein verbreitetes Argument zur Rechtfertigung der grundsätzlich zwingenden Natur des Vollstreckungsrechts und der begrenzten Zulässigkeit von Vollstreckungsvereinbarungen ist sein Charakter als Öffentliches Recht.[59] Indes zeigt die Existenz des öffentlich-rechtlichen Vertrages (§ 54 VwVfG) und anderer Formen der Verständigung, dass auch dem Verwaltungsrecht die Vereinbarung als Handlungsform nicht fremd ist. Hinzu kommt, dass – auch wenn im jüngeren Schrifttum entsprechende Parallelen gezogen wurden[60] – die Zwangsvollstreckung nach der ZPO nicht als Verwaltungstätigkeit im öffentlichen Interesse charakterisiert werden kann. Vielmehr handelt es sich um eine Tätigkeit der Rechtspflegeorgane zur Durchsetzung der Gläubigerrechte[61] unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und übergeordneter öffentlicher Interessen.[62] Nur die generelle Existenz der Zwangsvollstreckung, nicht ihre konkrete Durchführung liegt im öffentlichen Interesse.[63] Aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Zwangsvollstreckungsrechts folgt daher „*allein* nichts für die Frage nach der Nachgiebigkeit seiner Normen gegenüber Parteivereinbarungen".[64] Gewichtiger ist deshalb der in der neueren Literatur anzutreffende Hinweis, dass die Regeln der ZPO die gesetzlichen Grenzen für einen Eingriff in die Grundrechte des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung definierten, so dass eine Abweichung aufgrund einer Parteivereinbarung zu einem Grundrechtsverstoß führe.[65] Indes muss im Rahmen der Grundrechtsprüfung auch berücksichtigt werden, ob der Betroffene in den Eingriff eingewilligt hat. Richtigerweise ist nicht entscheidend, ob die Parteien von der gesetzlichen Regelung abweichen, sondern ob im Einzelfall öffentliche Interessen oder ein zwingendes Schutzbedürfnis die Parteidisposition verbieten.[66] Nur am Rande sei bemerkt, dass der Gesetzgeber der CPO

---

[59] Zum öffentlich-rechtlichen Charakter BGH 25.1.1978 – VIII ZR 137/76, BGHZ 70, 206, 210; BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 7.

[60] *Stamm,* Prinzipien (Fn. 9) 19 ff.

[61] *Eberhard Schilken,* Rezension zu Jürgen Stamm: Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, AcP 208 (2008) 850, 853.

[62] BGH 25.1.1978, BGHZ 70, 206, 210.

[63] BVerfG 19.10.1982 – 1 BvL 34/80, BVerfGE 61, 126, 136 – Erzwingungshaft; *Schilken,* AcP 208 (2008) 850, 853; siehe auch *Schug,* Dogmatik (Fn. 19) 105 f., 129 f.

[64] *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 755; auch *Gaul,* Rpfleger 1971, 1, 3 f.

[65] So etwa (zum Verzicht auf die Zustellung des Titels und auf Wartefristen) *Philipp,* Rpfleger 2010, 456, 461.

[66] *Cornils,* Ausgestaltung (Fn. 13) 245 f.: „Soweit öffentliche Interessen an einem geregelten und formalisierten Verfahren sowie gegebenenfalls paternalistische Schutzgründe nicht vorliegen oder nicht stark genug sind, Rechtsgüter des Schuldners seiner Verfügungsmacht zu entziehen, ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers durch gesetzliche Schutznormen soll eingeschränkt werden können." Siehe

die heutigen Pfändungsschutzvorschriften des § 811 ZPO – ungeachtet der öffentlich-rechtlichen Natur des Vollstreckungsrechts – für verzichtbar hielt.[67] Erst das Reichsgericht lehnte es ab, solchen „Meinungsbekundungen einzelner Mitarbeiter an dem Gesetze“ zu folgen.[68] Auch wenn man daraus für die Abdingbarkeit des § 811 ZPO unter den Auspizien der Grundrechte und des Sozialstaatsgebots keine zwingenden Schlussfolgerungen ziehen kann, so lässt sich jedenfalls festhalten, dass ein generell zwingender Charakter des Vollstreckungsrechts trotz seiner publizistischen Rechtsnatur offenbar nicht der Vorstellung des historischen Gesetzgebers entsprach.

c) Zwingender Charakter des Vollstreckungsrechts aus Gründen des Schuldnerschutzes?

Das wohl wichtigste Argument für eine Beschränkung von Vollstreckungsvereinbarungen ist der – im öffentlichen Interesse liegende – Schuldnerschutz.[69] Dazu ist an dieser Stelle[70] zu bemerken, dass auch eine flexiblere Handhabung von Vollstreckungsvereinbarungen nicht den Schuldnerschutz preisgibt, sondern – wie jede Vereinbarung – die Dispositionsbefugnis des Schuldners voraussetzt und den Schranken des materiellen Rechts unterliegt.[71] Daraus ergibt sich in vielen Fällen bereits die Unwirksamkeit eines Verzichts auf Schuldnerschutzvorschriften, etwa in der Forderungspfändung wegen einer Parallelwertung im materiellen Recht (§ 400 BGB). Bei den Pfändungsschutzvorschriften ist zu berücksichtigen, dass sie in der Regel nicht nur dem Schutz

---

auch *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 758: „Perspektive darf nicht auf das Eingriffsverhältnis zwischen Staat und Schuldner beschränkt bleiben, sondern muß auch das private Schuldverhältnis und also den Gläubiger mit einbeziehen“.

[67] Siehe *Carl Hahn/Eduard Stegemann,* Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2: Materialien zur Zivilprozeßordnung, Abteilung 2^2 (1881/1983) 1119: „Von Seite der Regierenden werde, wie bereits bemerkt, jene Bestimmung dahin aufgefaßt, daß die Ausdehnung des Pfandschlags auf die fraglichen Objekte dann stattfinden dürfe, wenn der Schuldner hiermit einverstanden sei“.

[68] RG 19.11.1909, RGZ 72, 181, 184.

[69] Siehe bereits RG 19.11.1909, RGZ 72, 181, 183 f.: „Denn es handelt sich nicht um eine Rechtsnorm, die nur dem Schuldner eine Wohltat erweisen will, sondern um eine Regelung der Zwangsvollstreckung, die in einem wesentlich öffentlichen Interesse, in den Bedürfnissen des Allgemeinwohls, ihren Grund hat. Sie beruht auf dem sozialpolitischen Gedanken, daß die Zwangsvollstreckung nicht zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners und seiner Familie führen darf. […] Es ist aber etwas anderes, wenn ein solcher Zustand durch staatliche Zwangsakte [als durch rechtsgeschäftliche Übereignung der betreffenden Gegenstände] herbeigeführt werden soll. Es würde im höchsten Maße anstößig und mit den sozialpolitischen Anschauungen der Gegenwart unverträglich sein, wenn dem Schuldner die in § 811 Nr. 1 ZPO aufgeführten unentbehrlichen Sachen durch die staatlichen Vollstreckungsorgane genommen würden.“

[70] Näher zu § 811 ZPO noch unten IV.4.a).

[71] Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen unten IV.2.

des Schuldners, sondern auch Dritter, insbesondere Familien- und Haushaltsangehöriger dienen, so dass ein Ausschluss des Pfändungsschutzes in einer Vereinbarung nur mit dem Schuldner dann nicht zum Tragen kommt, wenn der begünstigte Dritte gegen die Pfändung vorgeht.[72] Zudem findet auch bei Vereinbarungen mit prozessualer Wirkung das AGB-Recht Anwendung.[73]

Wichtiger noch als der Verweis auf andere Schutzinstrumente ist die Erkenntnis, dass die generelle Unabdingbarkeit des Vollstreckungsrechts, die nicht auf den Pfändungsschutz beschränkt sein soll, für den Schuldner auch ungünstig sein kann. So geht man etwa davon aus, dass die richterliche Ordnungsmittelandrohung gemäß § 890 Abs. 2 ZPO in der Unterlassungsvollstreckung unverzichtbar sei[74] und sich auch nicht durch eine in den Prozessvergleich aufgenommene Androhung ersetzen lasse.[75] Folge dieses großzügigen Schuldnerschutzes ist es, dass eine Unterlassungsverpflichtung in einem Titel nach § 794 ZPO, in den im Unterschied zum richterlichen Urteil die Androhung nicht gleich aufgenommen werden kann,[76] nicht unmittelbar vollstreckbar ist. Weitere Folge ist es dann, dass solche Titel wie Prozessvergleiche oder notarielle Vollstreckungsunterwerfungen bei Unterlassungspflichten mangels Androhung nicht unmittelbar vollstreckbar sind und deshalb die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen, obwohl es allein in der Hand des Gläubigers liegt, ob und wann er einen Androhungsbeschluss herbei-

---

[72] So dienen die meisten der Pfändungsverbote des § 811 Abs. 1 ZPO – nämlich Nr. 1, 2, 3, 4, (wohl auch 4a, der funktional der Lohnpfändung verwandt ist), 5 (str.), 6 (zum Schutz der „Witwen und minderjährigen Erben" angelegt), 7 (neben Nr. 5 weitgehend bedeutungslos), 8 (funktional den – auch drittschützenden – Lohnpfändungsverboten verwandt), 10 („und seiner Familie"), 11 („Familienpapiere"), 12 („und seiner Familie") und 13 – auch dem Schutz der Familienangehörigen des Schuldners oder sogar aller mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen (Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 31, 34, 36, 39, 55, 59, 70, 71), was einen Verzicht nur des (nicht alleinlebenden) Schuldners unwirksam macht. Weshalb der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan bei Anwendung des § 811 ZPO nicht erkennen können sollte, wer im Haushalt des Schuldners lebt (was für eine generelle Unverzichtbarkeit des § 811 ZPO vorgebracht wird), aber im Rahmen der §§ 758, 758a Abs. 3 ZPO den Mitgewahrsam des Schuldners an einer Wohnung – sogar an einzelnen Räumen, vgl. *Bernhard Ulrici,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO[28] (München 2018) § 758a Rn. 7.1 – vom Alleingewahrsam anderer Personen unterscheiden kann, ist nicht unmittelbar eingängig.

[73] Im Unterschied zum Jahr 1909, als die Entscheidung RGZ 72, 181, 183 f. erging.

[74] BGH 2.2.2012, GRUR 2012, 957, 959, Rn. 13 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren: „Die Vorschrift ist zwingendes Recht zum Schutz des Schuldners".

[75] *Klaus Bartels,* in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung[23] (Tübingen 2017) § 890 Rn. 13 mit Nachweisen auch zu (vereinzelten) Gegenpositionen.

[76] BGH 2.2.2012, GRUR 2012, 957, 959, Rn. 8 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren: „Die Bestimmung des § 890 Abs. 2 ZPO sieht die Androhung der Ordnungsmittel ausschließlich durch den Richter vor"; BGH 3.4.2014 – I ZB 3/12, GRUR 2014, 909, 910, Rn. 8 – Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich.

führt.[77] Sie sind damit faktisch für den Schuldner als Instrumente zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr verschlossen, obwohl er daran durchaus ein Interesse haben kann, etwa um ein Ordnungsgeld bei Verstoß an die Staatskasse und nicht wie bei der vertragsstrafenbewehrten Unterlassungserklärung an den Gläubiger zahlen zu müssen. Zumindest für Prozessvergleiche hat der Bundesgerichtshof für den Schuldner eine Lösung parat, nämlich das zusätzliche Versprechen einer Vertragsstrafe bis zum Ergehen des Androhungsbeschlusses,[78] die (sofern dies nicht vereinbart ist) nicht einmal die Vollstreckung nach § 890 ZPO verdrängen soll, sondern parallel zum Ordnungsgeld gefordert werden kann.[79] Diese Lösung muss man sich auf der Zunge zergehen lassen: Um an dem zwingenden Charakter der rein formelhaften[80] richterlichen Androhung gemäß § 890 Abs. 2 ZPO „zum Schutz des Schuldners" festzuhalten, verschließt man ihm zunächst die für ihn durchaus attraktiven Instrumente der notariellen Vollstreckungsunterwerfung und des Prozessvergleichs, nicht ohne ihn dann auf das zusätzliche Versprechen einer Vertragsstrafe als Lösung zu verweisen. Dies ist ein gutes Beispiel für einen Schuldnerschutz, der sich in sein Gegenteil verkehrt.[81]

---

[77] Zur notariellen Unterwerfungserklärung BGH 21.4.2016 – I ZR 100/15, GRUR 2016, 1316, 1317, Rn. 33 – Notarielle Unterlassungserklärung: „Für den Wegfall der Wiederholungsgefahr ist im Falle der notariellen Unterlassungserklärung jedoch die Zustellung eines Beschlusses über die Androhung von Ordnungsmitteln nach § 890 Abs. 2 ZPO erforderlich, die im Streitfall erst nach Klageerhebung erfolgt ist". Siehe auch BGH 21.4.2016, GRUR 2016, 1316, 1317, Rn. 20 – Notarielle Unterlassungserklärung: u.a. wegen der erforderlichen Androhung lasse die notarielle Unterwerfung auch das Rechtsschutzbedürfnis nicht wegfallen. Zum Prozessvergleich vgl. auch den Hinweis in BGH 2.2.2012, GRUR 2012, 957, 958, Rn. 9 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren – auf die Rechtsschutzlücke durch die fehlende Androhung, die durch ein zusätzliches Vertragsstrafeversprechen geschlossen werden könne.

[78] BGH 2.2.2012, GRUR 2012, 957, 958, Rn. 9 – Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren: „Die Parteien können im Prozessvergleich eine Vertragsstrafe vereinbaren, so dass der Schuldner das Unterlassungsgebot bereits mit Abschluss des Prozessvergleichs beachten muss, wenn er die Vertragsstrafe nicht verwirken will."

[79] BGH 3.4.2014, GRUR 2014, 909, 910 f., Rn. 14, 19 – Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich.

[80] Es ist lediglich das Ordnungsmittel der Art nach zu bezeichnen und das gesetzliche Höchstmaß zu bestimmen, Zöller/*Seibel* (Fn. 9) § 890 Rn. 12. Es handelt sich letztlich um eine Wiederholung der gesetzlichen Vorschriften der § 890 Abs. 1 ZPO und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EGStGB.

[81] Hintergrund dieser Auffassung ist möglicherweise auch nicht der Schuldnerschutz durch § 890 Abs. 2 ZPO, sondern der Erhalt des Instruments der vertragsstrafebewehrten Unterlassungserklärung und der daraus fließenden Einnahmen an den Unterlassungsgläubiger, so *Michael Goldmann,* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG[4] (München 2016) § 8 Rn. 70: „Aktivlegitimierte Verbände als wesentliche Akteure bei der Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen und der Gewährleistung eines lauteren Wettbewerbs sind aber zur Finanzierung ihrer Arbeit auf Einnahmen auch aus Vertragsstrafen angewiesen."

d) Die herrschende Dogmatik kann die Rechtsprechung nicht befriedigend erklären

Schließlich kann die herrschende Dogmatik die Rechtsprechung nicht befriedigend erklären. So entspricht es der ganz überwiegenden Meinung, dass ein Verzicht auf die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen unzulässig sein soll.[82] Gleichzeitig lässt die Rechtsprechung aber immerhin den Verzicht auf den Nachweis der in § 726 ZPO geforderten Umstände im Klauselverfahren zu,[83] was faktisch in vielen Fällen wie ein Verzicht auf den betreffenden Umstand wirken wird[84] und sich mit der üblichen Zweiteilung „vollstreckungsbeschränkend / vollstreckungserweiternd“ nicht erklären lässt.[85] Ähnliches gilt für den Verzicht auf das Mindestgebot (§ 817a Abs. 1 ZPO), der zulässig ist, wenn alle Pfandgläubiger und der Schuldner damit einverstanden sind,[86] obwohl es sich doch um den Verzicht auf eine (auch) schuldnerschützende Vorschrift handelt, der nicht ausdrücklich durch das Gesetz gestattet wird.[87] Auch am anderen Ende des Spektrums gelangt die herrschende Differenzierung an ihre Grenzen. So wird die Zulässigkeit von schuldnergünstigen vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen kaum in Zweifel gezogen.[88] Unlängst hat der Bundesgerichtshof allerdings (mit Recht) entschieden, dass eine Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner über die Ruhendstellung der Pfändung bis auf Widerruf jedenfalls ohne Zustimmung des Drittschuldners unzulässig ist,[89] obwohl darin doch wohl unzweifelhaft eine Vollstreckungsbeschränkung liegt.

---

[82] *Philipp,* Rpfleger 2010, 456, 461 m.w.N. Ob auf die Zustellung des Titels und die Einhaltung von Wartefristen verzichtet werden kann, ist umstritten, dazu unten Fn. 182.

[83] BGH 22.7.2008 – XI ZR 389/07, NJW 2008, 3208, 3210, Rn. 33; jüngst *Arne Everts,* Neues zum Nachweisverzicht im Klauselerteilungsverfahren, DNotZ 2017, 343, 344: „urkundliche […] Abbedingung von § 726 ZPO“.

[84] Nämlich wenn der Schuldner den Nichteintritt des betreffenden Umstands nicht durch Rechtsbehelf geltend macht.

[85] Das Gegenargument, dass es sich um ein Erfordernis des Klauselerteilungsverfahrens handelt, das der eigentlichen Zwangsvollstreckung vorgelagert ist, ist eher formal als in der Sache überzeugend. Wenn es sich tatsächlich um im Interesse des Schuldners unverzichtbare Voraussetzungen der Vollstreckung handeln würde, müssten sie wohl unabhängig von der verfahrensrechtlichen Einkleidung unverzichtbar sein.

[86] § 95 Abs. 4 Satz 5 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher; Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 817a Rn. 6. Interessanterweise wird dies mit dem Argument gerechtfertigt, die Vorschrift diene allein dem Schutz von Gläubiger und Schuldner, so dass sie darauf auch verzichten könnten; ein Argument, das bei anderen schuldnerschützenden Vorschriften als nicht überzeugend angesehen wird.

[87] Als weitere verzichtbare schuldnergünstige Normen werden §§ 759, 761, 777 und 810 Abs. 1 Satz 2 ZPO genannt, *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 427 f.; a.A. *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 96 ff. mit Verweis auf die rechtsstaatliche Fundierung der §§ 759, 761 ZPO und den sachenrechtlichen Kontext des § 810 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

[88] Siehe oben Fn. 9, 48.

[89] BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319 f., Rn. 10.

Der Schlüssel zum Verständnis dieser Entscheidung liegt in ihren (potentiellen) Wirkungen für Dritte, woraus man erneut erkennen kann, dass die traditionelle Unterscheidung zwischen Beschränkungen und Erweiterungen der Vollstreckung nicht alle denkbaren Einschränkungen der Vollstreckungsvereinbarungen zu erklären vermag.

2. *Rechtspolitische Kritik*

Neben ihren rechtsdogmatischen Schwächen kann die verbreitete Kategorisierung der Vollstreckungsvereinbarungen auch rechtspolitisch nicht überzeugen. So kann eine großzügigere Gestattung von Parteivereinbarungen auch für den Schuldner eine willkommene *Erweiterung seiner Handlungsoptionen* sein,[90] etwa zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr durch Prozessvergleich oder notarielle Unterwerfung.[91] Ebenso ist denkbar, dass die Parteien aufgrund überlegener Marktkenntnis eine *bessere Verwertungsregelung* vereinbaren als das Vollstreckungsrecht der ZPO sie vorsieht. Erst im Jahr 2009 wurde durch das Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung[92] mit der Neufassung der §§ 814, 816, 817 ZPO die nicht erst seit 2009 sinnvolle Möglichkeit der Internetversteigerung eröffnet, die vorher nur als andere Verwertungsart (§ 825 ZPO) möglich war.[93] Im Rahmen des § 825 ZPO liegt die Entscheidung über eine andere Verwertung aber auch bei Einigung der Parteien über die Verwertung, die man als übereinstimmenden Antrag nach § 825 ZPO auslegen kann, im Ermessen von Gerichtsvollzieher oder Vollstreckungsgericht (§ 825 Abs. 1, 2 ZPO: „kann").[94] Bei dieser Ermessensentscheidung soll nun entscheidend sein, ob sie Vorteile gegenüber der Regelverwertung, insbesondere einen höheren Erlös verspricht,[95] wobei

---

[90] Allgemein *Ekkehard Becker-Eberhard,* Abschied von der Zwangsvollstreckung – Gütliche Erledigung (jetzt auch) der „Königsweg" im Vollstreckungsverfahren, DGVZ 2016, 163.

[91] Text oben bei Fn. 74–80; siehe auch *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 91 mit dem Hinweis, die Auswechslung der gesetzlich an sich vorgesehenen Vollstreckungsmittel könne im Interesse des Schuldners liegen, etwa die Vereinbarung einer Vollstreckung nach § 888 ZPO auch bei vertretbaren Handlungen.

[92] Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung und zur Änderung anderer Gesetze vom 30.6.2009, BGBl. 2009 I 2747.

[93] Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung, BT-Drucks. 16/12811 vom 29.4.2009, S. 8: „Eine Versteigerung der gepfändeten Sachen im Internet ist ebenfalls nur über den Weg der Verwertung auf andere Art und Weise nach § 825 ZPO zulässig". Die durch § 814 Abs. 3 ZPO gestattete Versteigerung bezieht sich nur auf die Plattform www.justiz-auktion.de, so dass die Versteigerung über private Plattformen nach wie vor über § 825 ZPO erfolgen muss.

[94] *Horst Freels,* Andere Verwertungsarten in der Mobiliarzwangsvollstreckung (St. Augustin 1998) 143 ff., 148.

[95] *Urs Peter Gruber,* in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. II^5 (München 2016) § 825 Rn. 4.

ein erfolgloser Versteigerungsversuch ein Indikator für eine Verwertung nach § 825 ZPO sein soll.[96] Abgesehen von klaren Missbrauchsfällen, die auch durch eine materielle AGB-Kontrolle aufzufangen wären, fragt man sich, wie und weshalb das Vollstreckungsorgan die Erlösaussichten besser als die Parteien beurteilen kann, vor allem wenn es um spezielle Güter geht.[97] Auch der Hinweis auf einen erfolglosen Versteigerungsversuch überzeugt nicht, denn gerade bei speziellen Gütern kann ein Versteigerungsversuch durchaus erfolgreich sein, allerdings mit einem Ertrag, der hinter dem Ertrag einer anderweitigen Verwertung zurückbleibt. Schließlich kann man die Lösung auch nicht in der Möglichkeit sehen, dass die Parteien schlicht materiellrechtlich außerhalb des Vollstreckungsrechts eine andere Verwertung vereinbaren.[98] Zwar sind die Parteien dann der Begrenzungen des § 825 ZPO enthoben,[99] der Gläubiger verliert aber zugleich die Verstrickung der Pfandsache und damit seine Priorität gegenüber anderen Gläubigern.

Schließlich ist die Rechtfertigung zahlreicher Vollstreckungsschutzvorschriften aus dem Katalog des § 811 ZPO heute mindestens zweifelhaft, wenn nicht überholt,[100] so dass auch die Rechtfertigung für ihre Unabdingbarkeit entfallen ist. Häufig belächelt wird etwa der Pfändungsschutz für „Kleintiere in beschränkter Zahl" (§ 811 Abs. 1 Nr. 3 ZPO), der an der Lebenswirklichkeit der allermeisten verarmten Menschen in Deutschland vorbeigehen dürfte. Auch die in Naturalien bezahlten Landarbeiter (§ 811 Abs. 1 Nr. 4a ZPO)

---

[96] *Brox/Walker,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 14) Rn. 436.

[97] Zur Zulässigkeit von Verwertungsvereinbarungen (in den Grenzen des materiellen Rechts, vgl. §§ 1245 f. BGB) *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 99 f. Am Rande sei bemerkt, dass im Rahmen des Entscheidungsermessens nach § 825 ZPO vom Vollstreckungsorgan eine Beurteilung gefordert wird, die der Missbrauchskontrolle von Verwertungsvereinbarungen in AGB ähnelt, obwohl die Kontrolle von AGB dem Vollstreckungsorgan wegen angeblich zu hoher Unsicherheit und Komplexität nicht zugemutet werden kann.

[98] Dazu *Freels,* Andere Verwertungsarten (Fn. 94) 143.

[99] Was im Übrigen dessen begrenzten Schutz unterstreicht.

[100] Ebenso Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Neustrukturierung und Modernisierung des Pfändungsschutzes, BR-Drucks. 139/10 vom 11.3.2010, S. 3 = BT-Drucks. 17/2167 vom 16.6.2010, S. 2 (dort auch Kritik an den §§ 850a, b, c ZPO): „Die bei der Pfändung von körperlichen Sachen geltende Schutzvorschrift des § 811 ZPO beruht in Inhalt und Begrifflichkeit auf den sozialen Strukturen des 19. Jahrhunderts und ist in ihrer Ausführlichkeit und Systematik nur schwer überschau- und handhabbar." Siehe auch Entwurf (diese Fn.) BR-Drucks. 139/10, S. 13 = BT-Drucks. 17/2167, S. 11: „umfangreiche und sperrige Norm, die von Vorstellungen getragen wird, denen die sozialen Strukturen des 19. Jahrhunderts zugrunde liegen"; gegen eine Unabdingbarkeit des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO im unternehmerischen Verkehr auch LG Bonn 5.8.1964 – 4 T 368/64, MDR 1965, 303, 304: „bestehende Wirtschaftsordnung gestattet weitestgehend die Verwirklichung freier unternehmerischer Initiative, die […] Risikobereitschaft einschließt" (Pfändung einer finanzierten Setzmaschine).

lassen sich im Deutschland des 21. Jahrhunderts wohl mit der Lupe suchen.[101] Andererseits erweist sich die Beschränkung des § 811 Abs. 1 Nr. 6 ZPO auf „Witwen“ in ihrer Ausgrenzung gleichgeschlechtlicher und männlicher Überlebender von Ehen und Lebenspartnerschaften als verfassungsrechtlich problematisch und analogiebedürftig.[102] Auch eine vollstreckungsrechtliche Privilegierung von Landwirten (§ 811 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) oder Apotheken (§ 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO) erscheint (neben dem allgemeinen Pfändungsschutz für Arbeitsmittel in § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) kaum noch zeitgemäß. So wird beispielsweise die Versorgung der Allgemeinheit mit Arzneimitteln (als Ziel des § 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO) auch bei Pfändbarkeit des Warenbestands einer Apotheke angesichts der gegenüber dem späten 19. Jahrhundert deutlich ausgebauten Verkehrswege nicht gefährdet;[103] jedenfalls scheint die Unpfändbarkeit kein geeignetes Mittel, um den Bestand von ländlichen Apotheken sicherzustellen. Diese und andere[104] Beispiele zeigen, dass die herrschende Überzeugung von der Unabdingbarkeit des Pfändungsschutzes nach § 811 ZPO die hinter der Norm stehenden rechtspolitischen Wertungen des 19. Jahrhunderts versteinert und eine zeitgemäße Anpassung durch Parteivereinbarungen verhindert. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Modernisierung Sache des Gesetzgebers ist. So hat sich der jüngste Entwurf eines Gesetzes zur Neuorientierung und Modernisierung des Pfändungsschutzes,[105] obwohl bereits 2010 in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht, nach Ablauf der Wahlperiode im Jahr 2013 durch Diskontinuität erledigt, was sehr anschaulich das (Des-)Interesse des Gesetzgebers an einer Modernisierung des Pfändungsschutzes dokumentiert.[106]

---

[101] Entwurf (Fn. 100) BR-Drucks. 139/10, S. 21, 28 = BT-Drucks. 17/2167, S. 14, 16.

[102] Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 57.

[103] Entwurf (Fn. 100) BR-Drucks. 139/10, S. 28 = BT-Drucks. 17/2167, S. 16.

[104] Zu weiteren Beispielen Entwurf (Fn. 100) BR-Drucks. 139/10, S. 27 ff. = BT-Drucks. 17/2167, S. 15 ff.

[105] Oben Fn. 100.

[106] Deutscher Bundestag, Dokumentations- und Informationssystem über den Vorgang Gesetz zur Neustrukturierung und Modernisierung des Pfändungsschutzes (GNeuMoP), abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/247/24778.html> (1.3.2018): „Erledigt durch Ablauf der Wahlperiode“. Hintergrund waren wohl Bedenken der Bundesregierung im Hinblick auf die Vorschläge zur Neuregelung des Pfändungsschutzes bei der Forderungspfändung, siehe die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/2167, S. 28. Auf die Vorschläge zur Neuregelung des Pfändungsschutzes bei der Sachpfändung geht die Bundesregierung nicht ein. Eine weitere Schwäche der gesetzgeberischen Anpassung des § 811 ZPO folgt aus dem Umstand, dass diese zwangsläufig typisiert erfolgen muss und nicht in jedem Einzelfall eine Anpassung an die Bedürfnisse der Parteien ermöglicht, dazu *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 763.

Alle genannten Kritikpunkte[107] zeigen zugleich, dass die befürwortete Öffnung des Vollstreckungsrechts für Parteivereinbarungen nicht auf Verbraucherverfahren oder den Abbau des Pfändungsschutzes für natürliche Personen zielt, der im Regelfall bereits wegen der Berührung von Drittinteressen der Familienmitglieder, mindestens aber wegen der geringen Erlösaussichten im Verhältnis zum erweiterten Vollstreckungszugriff an § 307 Abs. 2 BGB scheitern wird.[108] Es geht vielmehr um Beispiele aus dem unternehmerischen Verkehr, in denen die gesetzliche Regelung dem Schuldner Handlungsmöglichkeiten verwehrt (etwa im Fall der Unterlassungserklärung) oder Vereinbarungen verbietet, die im materiellen Recht als Verwertungsregelung oder Vertragsstrafe durchaus zulässig wären. Im Bereich der verbraucher- und arbeitnehmerschützenden Vorschriften sollte allenfalls erwogen werden, offensichtlich überholte Pfändungsschutzvorschriften zu streichen und den Katalog zu modernisieren, an geeigneter Stelle („Witwen", § 811 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) sogar auszubauen.

IV. Eigener Ansatz

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass die traditionelle Unterscheidung zwischen Vollstreckungsbeschränkung und Vollstreckungserweiterung weder sämtliche Typen von Vereinbarungen erfasst noch in allen Fällen zu sachgerechten Ergebnissen führt. Wie aber könnte man den Analyserahmen verfeinern? Zunächst erscheint es im Rahmen einer *Neuordnung* von Vollstreckungsvereinbarungen sinnvoll, nach dem Gegenstand der Vereinbarung zu unterscheiden, weil sich erst anhand des Gegenstands eine Aussage treffen lässt, inwieweit die Vereinbarung tatsächlich den Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung oder andere Strukturprinzipien des Vollstreckungsrechts berührt und damit überhaupt zulässig sein kann (unten IV.1.). Ausgehend von der Neuordnung lässt sich sodann eine *Neubewertung* der Zulässigkeit von Vollstreckungsvereinbarungen im Übrigen (also soweit die Vereinbarung nicht wegen der Berührung von Strukturprinzipien des Vollstreckungsrechts unzulässig ist) vornehmen, in der die entscheidenden Faktoren die prozessuale Dispositionsbefugnis von Gläubiger und Schuldner, die Betroffenheit von Drittinteressen und das materielle Recht sein sollten (unten IV.2.). Sodann ist auf den denkbaren Einwand einer Überforderung der Vollstreckungsorgane einzugehen (unten IV.3.), bevor zum Schluss zwei Beispiele anhand des vorgeschlagenen Analyserasters untersucht werden sollen (dazu IV.4.).

---

[107] Beschränkung der Handlungsoptionen auch des Schuldners, Beeinträchtigung der Verwertung insbesondere bei ausgefallenen Gütern, Versteinerung rechtspolitischer Wertungen des 19. Jahrhunderts.

[108] Zu diesen Grenzen noch unten IV.2.b) und c).

1. Unterscheidung nach dem Gegenstand der Vereinbarung

Geht man im Ausgangspunkt nicht von der Wirkung für den Schuldner (Beschränkung/Erweiterung), sondern vom Gegenstand der Vereinbarung aus, so lassen sich im Kern zwei Typen mit unterschiedlichen Auswirkungen auf die Zwangsvollstreckung differenzieren.[109]

a) Vereinbarungen über den Umfang der Vollstreckung

Zum einen ist denkbar, dass sich die Parteien über Art, Gegenstand oder Zeitpunkt der Vollstreckung, also ihren sachlichen, zeitlichen oder modalen Umfang einigen, etwa gegenständliche Beschränkungen (z.B. Herausnahme des Eigenheims oder eines Unternehmens) oder Erweiterungen vereinbaren, den zeitlichen Vollstreckungszugriff einschränken (z.B. Vollstreckungsaufschub) oder einzelne Vollstreckungsarten (z.B. die Immobiliarvollstreckung) ausschließen. Hier handelt es sich um Dispositionen, die in erster Linie die Parteien betreffen und weitgehend ohne Einfluss auf das von den Vollstreckungsorganen zu beachtende Verfahren sind. Es ändert sich für den Gerichtsvollzieher kaum etwas an seinem Verfahren, wenn er einen bestimmten Gegenstand nicht pfänden darf. Das Verfahren der Pfändung und Verwertung bleibt identisch, berührt ist allenfalls die Auswahl der zu pfändenden Gegenstände, und eine solche Auswahlbeschränkung kann sich – jedenfalls nach verbreiteter Ansicht – auch unabhängig von einer Vollstreckungsvereinbarung aus einer Beschränkung des Vollstreckungsauftrags nach § 753 ZPO ergeben.[110] Selbst bei einer Vollstreckungserweiterung ändert sich nichts am Verfahren, denn abgesehen von der Beurteilung der möglichen Unpfändbarkeit und damit der Auswahl der zu pfändenden Gegenstände bleibt auch hier das Verfahren der Pfändung und Verwertung als solches unverändert. Es ändert sich an seinem Verfahren auch dadurch wenig, dass der Gerichtsvollzieher nicht sofort, sondern erst später vollstrecken darf,[111] und es ändert sich für ihn ebenfalls nichts dadurch, dass der Gläubiger auf eine andere Vollstreckungsart als die vom Gerichtsvollzieher durchzuführende verzichtet hat.[112] All diese Vereinbarungen betreffen daher das Verhältnis der Parteien, nicht aber das Verfahren und die Organe der Zwangsvollstreckung, weil es den Vollstreckungsorganen letztlich gleichgültig sein kann, mit welchem Mittel, in welchen Gegenstand oder zu welchem Zeitpunkt die Vollstreckung erfolgt.

---

[109] Zu ähnlichen Ansätzen bereits oben Fn. 10.

[110] *Hans-Joachim Heßler,* in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. II[5] (München 2016) § 753 Rn. 25 m.w.N. zur Gegenauffassung.

[111] Gewisse Wartefristen sieht auch das gesetzliche Vollstreckungsrecht vor, vgl. §§ 750 Abs. 3, 798 ZPO.

[112] Zur Zulässigkeit des Ausschlusses von Zwangsmitteln *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 87 ff.

Dementsprechend sollten Parteivereinbarungen über den Umfang der Vollstreckung im Ausgangspunkt zulässig sein,[113] wobei dies im Einzelfall davon abhängt, dass (je nach Richtung der Abweichung von den gesetzlichen Regeln) Gläubiger oder Schuldner dispositionsbefugt sind, dass die Vereinbarung keine Drittinteressen berührt und dass sie materiellrechtlich zulässig ist (dazu unten IV.2.).

b) Vereinbarungen über Voraussetzungen oder Verfahren der Vollstreckung

Die zweite Kategorie vollstreckungsrechtlicher Verträge sind Vereinbarungen über die Voraussetzungen oder das Verfahren der Zwangsvollstreckung.[114] Diese Kategorie unterscheidet sich von der erstgenannten zunächst dadurch, dass hier häufiger Vereinbarungen anzutreffen sind, die sich jedenfalls *ex ante* nicht als Beschränkung oder Erweiterung der Vollstreckung qualifizieren lassen.[115] Vor allem berühren vertragliche Abweichungen von den Voraussetzungen oder dem Verfahren der Vollstreckung die Vollstreckungsorgane unmittelbar in ihrer Tätigkeit, weil sie anhand anderer als der ihnen bekannten gesetzlichen Regeln vollstrecken müssten. Parteivereinbarungen auf diesem Gebiet verstoßen daher in aller Regel gegen den Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung,[116] den *numerus clausus* der Vollstreckungsarten[117] oder andere Strukturprinzipien des Vollstreckungsrechts[118] wie den Vorrang der Vermögenshaftung.[119] Es spricht deshalb vieles dafür, dass im

---

[113] Ähnlich (für eine Disposition des Gläubigers über „Art der Vollstreckungsmaßnahme, den Gegenstand, in den vollstreckt werden soll, als auch den Zeitpunkt") BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 7, wobei dies dort (m.E. missverständlich) mit einer Disposition über das „Vollstreckungsverfahren" vermengt wird.

[114] *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 92 f. weist darauf hin, dass sich bei solchen „verfahrensgestaltenden Verträgen" vollstreckungsrechtliche, materiellrechtliche (z.B. bei der Regelung der Verwertung, vgl. §§ 1234 ff. BGB) und erkenntnisverfahrensrechtliche (weil das Vollstreckungsorgan z.T. auch materielle Voraussetzungen prüfen müsse) Vereinbarungen mischen.

[115] Siehe oben Text bei Fn. 15, 56.

[116] Der Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung besagt, dass „die Vollstreckungsorgane um der Effektivität der Vollstreckung willen regelmäßig nur leicht feststellbare Umstände zu prüfen haben", zur Definition BGH 18.5.2017, NJW 2017, 2202, 2204, Rn. 38; *Stürner,* ZZP 99 (1986) 291, 315 f.: Prüfung der Rechtmäßigkeit des Titels verwehrt und der Rechte Dritter formalisiert (§§ 808 Abs. 1, 828, 829 ZPO, § 28 ZVG).

[117] *Stürner,* ZZP 99 (1986) 291, 306 (der deshalb von genereller Unabdingbarkeit ausgeht). Zum *numerus clausus* der Vollstreckungsarten *Gaul,* Rpfleger 1971, 1, 9.

[118] Der Schuldnerschutz ist hier nachrangig, weil die vereinbarte Abweichung auch zum Vorteil und eine strikte Handhabung des gesetzlichen Verfahrens zum Nachteil des Schuldners sein kann (oben Text nach Fn. 69).

[119] Vgl. BVerfG 9.5.2017 – 2 BvR 335/17, NJW-RR 2017, 957, 959 f., Rn. 38; zur verfassungsrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Freiheitseingriffen BVerfG 3.11.2017 – 2 BvR 2135/09, NJW 2018, 531, 532, Rn. 13; *Scherf,* Vollstreckungsverträge

Interesse der Funktionsfähigkeit der Zwangsvollstreckung den Parteien grundsätzlich keine private Vollstreckungsgesetzgebung per Vereinbarung über die Voraussetzungen oder das Verfahren der Zwangsvollstreckung gestattet werden kann,[120] und zwar unabhängig von der Frage, ob die konkrete Regelung für den Schuldner günstiger oder ungünstiger als das Gesetz ist. Andernfalls wären die Vollstreckungsorgane nicht nur mit der aufwändigen Ermittlung unbekannter Regeln konfrontiert, sie müssten sie auch bei jedem Verfahrensschritt auf ihre Wirksamkeit prüfen.[121] Vereinbarungen über die Voraussetzungen oder das Verfahren der Vollstreckung sind also im Regelfall unzulässig. Unzulässig ist beispielsweise eine Veränderung der funktionalen Zuständigkeit[122] oder die Vereinbarung einer in der ZPO nicht vorgesehenen Vollstreckungsart[123] oder die Vereinbarung eines Beschluss- anstelle eines Urteilsverfahrens.[124]

Allerdings bleiben die Strukturprinzipien der Zwangsvollstreckung gewahrt und das Verfahren für die Vollstreckungsorgane durchführbar, wenn sich die Parteien mit ihrer Verfahrensvereinbarung in den Grenzen des Vollstreckungsrechts der ZPO bewegen. So ist denkbar, dass ihnen das Gesetz gestattet, eine geforderte Voraussetzung oder Verfahrenshandlung in gleichwertiger Weise selbst vorzunehmen oder durch eine andere gesetzliche Form zu ersetzen oder gar auf sie zu verzichten. Im Fall des *Vollstreckungstitels* als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist dies in § 794 Abs. 1 Nr. 1, 5 ZPO ausdrücklich verankert. Die Vorschrift gibt den Parteien unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, durch privatautonomes Handeln Vollstre-

---

(Fn. 5) 90. Siehe auch Art. 1 im Protokoll Nr. 4 zur EMRK, der allerdings nur die Freiheitsentziehung zur Durchsetzung vertraglicher monetärer Ansprüche („Schuldturm“) verbietet und weder auf die Ordnungs- oder Zwangshaft noch auf die Durchsetzung gesetzlicher Ansprüche anwendbar ist (vgl. Art. 5(1) lit. b EMRK). Zum Grundsatz des beschränkten Vollstreckungszugriffs *Stürner,* ZZP 99 (1986) 291, 318 ff.

[120] *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 93: „nur sehr begrenzt zulässig“; aus verfassungsrechtlicher Sicht *Cornils,* Ausgestaltung (Fn. 13) 244: kein grundrechtlicher Anspruch „auf eine bestimmte Ausgestaltung des staatlichen Vollstreckungsmechanismus“.

[121] Dieses Argument ähnelt der Rechtfertigung des *lex fori*-Prinzips im Internationalen Verfahrensrecht, dazu *Reinhold Geimer,* Internationales Zivilprozessrecht[7] (Köln 2015) Rn. 322 f.; kritisch *Haimo Schack,* Internationales Zivilverfahrensrecht[7] (München 2017) Rn. 48 f. Ein Unterschied liegt allerdings darin, dass die Verfahrensregeln nicht einem ausländischen Recht, sondern einer Parteivereinbarung entstammen würden, was im Hinblick auf die Ausgewogenheit und die Vielgestaltigkeit einen Unterschied machen kann.

[122] *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 67.

[123] Siehe auch *Cornils,* Ausgestaltung (Fn. 13) 242 Fn. 315, der das Beispiel einer von der ZPO abweichenden Vollstreckungsart nennt, die unzulässig ist, auch wenn sie für den Schuldner günstiger ist.

[124] So darf die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§§ 726, 731 ZPO) nicht durch ein beliebig von den Parteien geregeltes Beschlussverfahren ersetzt werden, BayObLG 8.12.1950 – IIa 4/1950, BayObLGZ 1948–1951, 227, 231 ff.

ckungstitel zu schaffen und damit den im gesetzlichen Grundmodell geforderten gerichtlichen Titel (§ 704 ZPO) durch einen anderen Titel zu substituieren. Die gesetzliche Regelung des § 794 ZPO bringt im Umkehrschluss aber auch zum Ausdruck, dass über das Erfordernis des Vollstreckungstitels in anderer als der in § 794 ZPO vorgesehenen Form nicht disponiert werden darf.[125] Ob diese Disposition günstig oder ungünstig für den Schuldner ist, ist nicht erheblich. Entscheidend ist aus prozessualer Sicht[126] allein, dass die Voraussetzungen des § 794 ZPO gewahrt sind. Unter etwas anderen Vorzeichen stellt sich der Verzicht auf die *Vollstreckungsklausel* dar. Die Regeln des Klauselerteilungsverfahrens dienen (neben dem Schuldnerschutz) auch und möglicherweise sogar in erster Linie der Absicherung der Aufgabenteilung zwischen Klauselerteilungsorganen und Vollstreckungsorganen.[127] Nach dem Regelungskonzept der ZPO soll das Vollstreckungsorgan von der Prüfung entlastet werden, ob der Titel vollstreckbar ist. Ihm wird durch die auf dem Titel angebrachte Vollstreckungsklausel in formalisierter Form dessen Vollstreckbarkeit vorgegeben.[128] Ein Verzicht auf das Klauselerfordernis würde zu einer Funktionsverlagerung auf das Vollstreckungsorgan führen, die der Gesetzgeber in seiner Zuständigkeitsordnung nicht vorgesehen hat; sie ist deshalb unzulässig.[129] Auch hier bedeutet dies aber nicht, dass den Parteien jeglicher Spielraum zu versagen ist. Vielmehr ist ein Verzicht des Nachweises des Eintritts einer nach § 726 ZPO nachzuweisenden Tatsache gestattet,[130] da in diesen Fällen die verfahrensrechtlich geforderte Klausel vorliegt und keine Funktionsverlagerung vom Klauselerteilungsorgan auf das Vollstreckungsorgan erfolgt. Auch hier kommt es nicht (prozessual[131]) auf die Unterscheidung in schuldnergünstige oder schuldnerungünstige Vereinbarungen an, sondern es ist allein erheblich, ob der Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung und die gesetzlich vorgesehene Aufgabenzuweisung gewahrt bleiben.

---

[125] *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 424; *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 45, 69 f.; *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 765; zur Unzulässigkeit der „Titelauswechslung" auch BGH 19.5.1982 – IV b ZR 705/80, NJW 1982, 2072, 2073.

[126] Denkbar ist, dass die Vereinbarung materiellrechtlich unwirksam ist, insbesondere gegen die Vorschriften des AGB-Rechts verstößt.

[127] Zu diesem Zweck des Klauselerteilungsverfahrens BGH 29.6.2011 – VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803, 2805, Rn. 20: „Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualen Lage der Sache".

[128] BGH 21.9.2006 – V ZB 76/06, NJW-RR 2007, 358, Rn. 8.

[129] *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 425; *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 45 f.; *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 765.

[130] BGH 22.7.2008, NJW 2008, 3208, 3210, Rn. 33.

[131] Denkbar ist, dass ein Nachweisverzicht materiellrechtlich wegen Verstoß gegen das AGB-Recht oder die §§ 134, 138 BGB unwirksam ist, dazu *Everts,* DNotZ 2017, 343, 345 ff.

Es zeigt sich damit, dass Vereinbarungen über die Voraussetzungen oder das Verfahren der Zwangsvollstreckung im Regelfall unzulässig und unwirksam sind, und zwar nicht wegen ihrer vollstreckungserweiternden Wirkungen, sondern infolge der Abweichung vom Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung oder anderer Strukturprinzipien der ZPO. Es hat sich aber zugleich gezeigt, dass das Gesetz und die Rechtsprechung – in den Grenzen des materiellen Rechts, vor allem des AGB-Rechts – gewisse Vereinbarungen über die Voraussetzungen und das Verfahren der Zwangsvollstreckung erlauben. Dies wirft die Folgefrage auf, wie weit die Parteien bei solchen Vereinbarungen gehen dürfen und wann Strukturprinzipien des Vollstreckungsverfahrens berührt werden. Allgemein wird man darauf antworten können, dass sich die Parteien noch in den Bahnen des geltenden Vollstreckungsrechts bewegen, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Wertungen eine gesetzlich geforderte Vollstreckungsvoraussetzung selbst vornehmen oder auf sie verzichten dürfen oder wenn sie ein gesetzlich gefordertes Verfahren durch ein anderes ersetzen dürfen.[132]

2. *Zulässigkeit von Vollstreckungsvereinbarungen im Übrigen*

Lässt sich durch die konzeptionelle Neuordnung auf der ersten Stufe zunächst feststellen, ob eine Vollstreckungsvereinbarung überhaupt mit den Prinzipien der Zwangsvollstreckung vereinbar sein kann, so entscheiden über ihre Wirksamkeit im Übrigen die prozessuale Dispositionsbefugnis von Gläubiger und Schuldner, die Wahrung von Drittinteressen und das materielle Recht, vor allem das AGB-Recht.

a) Prozessuale Dispositionsbefugnis

Zunächst setzt die Wirksamkeit einer Vollstreckungsvereinbarung voraus, dass – je nach Dispositionsrichtung der Vereinbarung – der Gläubiger oder Schuldner über die betreffende Vorschrift überhaupt disponieren kann. Dies ist bei Vereinbarungen über Art, Gegenstand oder Zeit der Vollstreckung grundsätzlich möglich, wobei zwischen Dispositionen des Gläubigers und des Schuldners unterschieden werden muss.[133] Beschränkungen der vollstreckungsrechtlichen *Dispositionsbefugnis des Gläubigers* werden heute kaum noch befürwortet,[134] weil sich die Lehre von der Dispositionsbefugnis kraft

---

[132] Zu einem weiteren Beispiel unten IV.4.b).

[133] An dieser Stelle, nicht von vorneherein, kommt die Unterscheidung zwischen Beschränkung und Erweiterung der Vollstreckung zum Tragen. Zur unterschiedlich ausgeprägten Dispositionsbefugnis von Gläubiger und Schuldner *Stürner,* ZZP 99 (1986) 291, 298 ff.

[134] Eine Ausnahme ist die Unzulässigkeit des Verzichts auf die Vollstreckbarkeit als solche, die aber heute von der überwiegenden Auffassung zugelassen wird, dazu oben

Verfahrensherrschaft des Gläubigers über das Vollstreckungsverfahren (vgl. §§ 753, 843 ZPO) weitgehend durchgesetzt hat.[135] Weil es in der ZPO keine Vollstreckung von Amts wegen gibt und der Gläubiger von der Vollstreckung auch generell absehen kann, sind vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen als Ausfluss seiner Entscheidung über Einleitung und Fortführung der Vollstreckung grundsätzlich zulässig.[136] Ein vollstreckungsrechtsimmanenter Schutz des Gläubigers vor der Preisgabe seiner Rechte wird nicht (mehr) diskutiert;[137] seine Dispositionen – und damit auch sein Schutz in unterlegener Verhandlungsposition – finden ihre Grenzen nur in der Betroffenheit von Drittinteressen und im materiellen Recht (dazu unten IV.2.b) und c)).

Anders stellt sich die Situation bei der *Dispositionsbefugnis des Schuldners* dar. Hier geht man – außerhalb der gesetzlichen Gestattung in § 816 ZPO und einzelner Ausnahmen[138] – überwiegend davon aus, dass eine Dispositionsbefugnis des Schuldners in der ZPO nicht anerkannt sei und dementsprechend vollstreckungserweiternde Vereinbarungen grundsätzlich unzulässig seien.[139] Dies ist sicher richtig, soweit die betreffende Wertung der ZPO auch vom materiellen Recht geteilt wird, wie etwa beim Pfändungsschutz in der Forderungspfändung (§§ 850 ff. ZPO, § 400 BGB). Es ist auch dann zutreffend, wenn die Vorschriften der ZPO von vorneherein nicht (nur) dem Schuldner-

---

Fn. 46. Zur Sonderdiskussion um die Verzichtbarkeit der Vollstreckung aus einer Hypothek *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 430 f.; *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 88.

[135] *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 750 weist mit Recht darauf hin, dass die Zulässigkeit von vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen nicht von einer Abwägung der involvierten privaten und öffentlichen Interessen abhängen kann. Allerdings hat Schiedermair diese von ihm für Prozessverträge allgemein befürwortete Abwägung nach meinem Verständnis nicht auf Vollstreckungsvereinbarungen bezogen, jedenfalls dort kein Überwiegen öffentlicher Interessen festgestellt, siehe *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 83 f.: aus der Dispositionsmaxime folge „die grundsätzliche Zulässigkeit gegenseitiger prozessualer Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über die Zwangsvollstreckung" (sodann erfolgt eine Ausnahme für die Vollstreckungserweiterung), ebd. 86: „Der Zulässigkeit aller dieser [vollstreckungsbeschränkenden] Vereinbarungen […] steht ein öffentliches Interesse nicht entgegen".

[136] Im Ergebnis ebenso auch BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 7, wobei dort (m.E. missverständlich) eine Disposition des Gläubigers über das „Vollstreckungsverfahren" grundsätzlich gestattet wird. Es geht darum, dass „der Gläubiger grundsätzlich sowohl die Art der Vollstreckungsmaßnahme, den Gegenstand, in den vollstreckt werden soll, als auch den Zeitpunkt bestimmen kann, zu dem die Vollstreckung gegen den Schuldner erfolgen soll, soweit nicht zwingende Pfändungsschutzvorschriften oder sonstige zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstehen."

[137] *Philipp,* Rpfleger 2010, 456, 460; zu Beschränkungen im Gläubigerinteresse in der älteren Literatur oben Fn. 50. Die Beschränkungen hinsichtlich des generellen Ausschlusses der Vollstreckung (Fn. 46) waren weniger durch den Gläubigerschutz als durch die „publizistische" Natur des Vollstreckungsanspruchs motiviert.

[138] Zum Verzicht auf das Mindestgebot nach § 817a ZPO oben Fn. 86.

[139] *Schiedermair,* Vereinbarungen (Fn. 5) 84 f.; ferner die Nachweise in Fn. 9 und 49.

schutz, sondern auch dem seiner Familien- oder Haushaltsangehörigen dienen, wie dies etwa bei zahlreichen der Pfändungsschutzvorschriften des § 811 ZPO der Fall ist,[140] weil dann diese Drittinteressen den Pfändungsschutz ohne Zustimmung des Dritten indisponibel machen (dazu allgemein sogleich unter IV.2.b)). Es ist allerdings zweifelhaft, ob die ZPO tatsächlich und von vorneherein jede Disposition auch des unternehmerischen Schuldners verbietet, wie am Beispiel des Pfändungsschutzes nach § 811 ZPO zu zeigen sein wird (dazu unten IV.4.a)).

b) Betroffenheit von Drittinteressen

Eine zweite, zuweilen nicht ausreichend akzentuierte Grenze von Vollstreckungsvereinbarungen ist die Betroffenheit von Drittinteressen.[141] Bereits in den siebziger Jahren hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine (materiellrechtliche) Stundungsvereinbarung zwischen Pfändungsgläubiger, Schuldner und Drittschuldner einem nachpfändenden Gläubiger nur entgegengehalten werden kann, wenn dieser ihr ebenfalls zugestimmt hat.[142] Zu Vollstreckungsvereinbarungen hat der Bundesgerichtshof unlängst ausgesprochen, dass eine Einigung über die „Ruhendstellung der Pfändung" bis auf Widerruf der Gläubigerin keine vollstreckungsrechtlichen Wirkungen entfaltet.[143] Der Grund für die Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist allerdings nicht ihre fehlende gesetzliche Grundlage,[144] sondern dass sie auch die Rechtsstellung des Drittschuldners (Einstellung der Auszahlung) und anderer Gläubiger betrifft und damit der Disposition allein durch Gläubiger und Schuldner entzogen ist.[145]

---

[140] Dazu die Nachweise in Fn. 72.

[141] Wieczorek/Schütze/*Paulus* (Fn. 9) Vor § 704 Rn. 33; Baumbach/Lauterbach/Albers/*Hartmann* (Fn. 9) Grundz § 704 Rn. 24; bereits *Kohler,* GruchotB 31 (1887) 276, 312: unzulässig, „Rechte Dritter zu untergraben".

[142] BAG 17.1.1975 – 5 AZR 103/74, NJW 1975, 1575, 1576.

[143] BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 6; ebenso BayVGH 11.3.2010 – 14 B 08.2025, Rn. 31 (juris): „Eine Vollstreckungsvereinbarung wirkt wie jeder Vertrag grundsätzlich nur zwischen den kontrahierenden Parteien und ist nur zulässig, soweit er nur die Interessen von diesen berührt und nicht über die Parteiherrschaft hinausgeht"; BFH 16.5.2017 – VII R 5/16, DStRE 2017, 1262, 1264, Rn. 13 f. zu § 309 Abs. 1 AO; zur fehlenden Bindung des Insolvenzverwalters BGH 13.1.2011 – IX ZR 53/09, NZI 2011, 138.

[144] So BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 6, 8 f. Wäre die fehlende gesetzliche Grundlage maßgebend, so müssten alle nicht gesetzlich ausdrücklich gestatteten Vereinbarungen unzulässig sein.

[145] Überzeugend BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319 f., Rn. 10 f.: „Die Drittschuldnerin ist zur Beachtung einer vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung, durch die ihr Mitwirkungspflichten auferlegt werden, nur verpflichtet, wenn sie ihr zugestimmt hat." Zudem verweist BGH 2.12.2015, NJW-RR 2016, 319, Rn. 7 auf das „streng formalisierte Zwangsvollstreckungsverfahren", womit der Grundsatz der abschließenden Regelung der Vollstreckungsarten und -wirkungen gemeint sein dürfte. Zur Möglichkeit einer dreisei-

Auch wenn die Betroffenheit von Drittinteressen zur Unzulässigkeit von Vollstreckungsvereinbarungen führen kann, so lässt sich nicht sagen, dass jede Vereinbarung über die Vollstreckung infolge ihrer potentiellen Auswirkungen auf Dritte unzulässig wäre. Solange nämlich die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner die Rechtsstellung Dritter nicht berührt, etwa nur im Verhältnis zu einem konkreten Gläubiger der Vollstreckungszugriff beschränkt wird, bleibt es Dritten unbenommen, nach den gesetzlichen Vorschriften zu vollstrecken. Als konkretes Beispiel lässt sich hier die bereits erwähnte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nennen: Eine *Beschränkung des Pfändungszugriff* zwischen Pfändungsgläubiger, Schuldner und Drittschuldner lässt das Recht eines nachpfändenden Gläubigers unberührt, nach den gesetzlichen Vorschriften in die qua Vereinbarung gegenüber dem Erstpfändenden „frei gehaltenen" Vergütungsbestandteile zu vollstrecken.[146] Auch bei Nichtberücksichtigung einer tatsächlich wirksamen vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung verschlechtert sich die Lage für nachpfändende Gläubiger gegenüber der gesetzlichen Situation nicht, denn ohne die Vollstreckungsbeschränkung, die im Zweifel nur dem Schutz des Schuldners dient und allenfalls per Reflex auch nachpfändende Gläubiger begünstigt, hätten sie den Zugriff des erstpfändenden Gläubigers ebenfalls als vorrangig (§ 804 Abs. 3 ZPO) hinnehmen müssen. Schließlich haben auch *vollstreckungserweiternde Vereinbarungen* keine Rangverluste für andere Gläubiger zur Folge, denn im Verhältnis zu diesen anderen Gläubigern sind die betreffenden Gegenstände ohnehin kraft Gesetzes unpfändbar, so dass kein Rangkonflikt entstehen kann.[147]

c) Vereinbarkeit mit materiellem Recht

Schließlich setzt die Wirksamkeit einer Vollstreckungsvereinbarung voraus, dass sie auch nach materiellem Recht, vor allem nach AGB-Recht zulässig ist.[148] Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts dürfte heutzutage, auch mit Blick auf die im Verbraucherverkehr gebotene richtlinienkonforme Auslegung,

---

tigen Vollstreckungsvereinbarung *Hans-Dieter Ehlenz/Jakob Joeres,* Kann der Pfändungsgläubiger eine Kontopfändung einseitig aussetzen oder ruhendstellen?, JurBüro 2010, 62, 66 f.; *Lutz Sudergat,* Anmerkung, EWiR 2016, 159, 160. Auch gegen eine dreiseitige Vollstreckungsvereinbarung lässt sich einwenden, dass sie nachpfändende Gläubiger nicht binden kann.

[146] BAG 17.1.1975, NJW 1975, 1575, 1576.

[147] Darauf weist im Kontext des § 811 Abs. 2 ZPO auch Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 76 hin, der indes beim Verzicht auf den Pfändungsschutz nach § 811 Abs. 1 ZPO den gleichen Weg offenbar nicht für gangbar hält, siehe unten Fn. 152.

[148] *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 418; *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 753 (zu vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen), ebd. 762 (zu vollstreckungserweiternden Vereinbarungen).

kaum noch in Zweifel zu ziehen sein.[149] Die Ergebnisse der AGB-Kontrolle hängen naturgemäß vom Einzelfall ab und können hier nicht in allen Konstellationen erörtert werden. Hervorgehoben seien aber zwei grundsätzliche Differenzierungen. Zum einen ist der Verzicht des Schuldners auf Vollstreckungsschutz großzügiger zu beurteilen, wenn er im Zeitpunkt des Vollstreckungszugriffs (und nicht antizipiert) erfolgt, weil der Schuldner dann klarer vor Augen hat, auf was er verzichtet, und der Übereilungsschutz weniger bedeutsam ist.[150] Zum zweiten scheitern antizipierte Vollstreckungsvereinbarungen in AGB an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB,[151] wenn sie nach der gesetzlichen Regelung (etwa des § 811 ZPO) pfändungsfreie Gegenstände aus dem persönlichen oder beruflichen Umfeld einer *natürlichen Person* der Pfändung unterwerfen wollen. In einem solchen Fall wird nämlich von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abgewichen, ohne dass erkennbar wäre, welches wichtige Interesse des Vertragspartners eine solche Abweichung zu rechtfertigen vermag. Im Regelfall lassen sich nämlich mit gebrauchten Gegenständen der persönlichen oder beruflichen Lebensführung des Schuldners keine nennenswerten Erlöse in der Verwertung erzielen, während die Einbuße des Schuldners durch den Verlust dieser Gegenstände umso größer ist, weil er sich kaum die Neuanschaffung wird leisten können. Umgekehrt ermöglicht der hier vorgeschlagene Weg über das materielle Recht, Vereinbarungen im unternehmerischen Verkehr, etwa zur Pfändbarkeit von Arzneimitteln einer Apotheke (§ 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO), zu gestatten.

3. Überforderung der Vollstreckungsorgane?

Vor einem abschließenden Blick auf einzelne Beispiele soll noch dem Einwand begegnet werden, dass die hier vorgeschlagene Lösung die *Vollstreckungsorgane überfordere,* weil sie danach materiellrechtliche Fragen wie das Zustandekommen und die Wirksamkeit von Vollstreckungsvereinbarungen oder die Betroffenheit dritter Personen prüfen müssten.[152] Dazu ist zunächst fest-

---

[149] *Jürgen Basedow,* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II⁷ (München 2016) § 305 Rn. 9: „Kontrollfähig sind auch sonstige prozess- und vollstreckungsrechtliche Verträge"; zur Diskussion bei Vollstreckungsunterwerfungen *Christian Heinze,* Die abstrakte Verkehrshypothek, AcP 211 (2011) 105, 118. Siehe auch BGH 27.9.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, 139 (Vollstreckungsunterwerfung); BGH 28.6.1984 – VII ZR 38/83, BGHZ 92, 13 (Musterprozessklauseln); BGH 2.7.1987 – III ZR 219/86, BGHZ 101, 271 (Gerichtsstandsklauseln); ferner § 309 Nr. 14 BGB zum Klageverzicht.

[150] *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 760; *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 83 f. mit Fn. 260: Verzicht „unmittelbar vor, bei und nach der Pfändung" zulässig.

[151] Ebenso *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 762: antizipierte Disposition über den Pfändungsschutz regelmäßig unzulässig, wenn sie im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgt.

[152] Zu diesen Bedenken Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 8.

zuhalten, dass das Vollstreckungsrecht den Vollstreckungsorganen durchaus die Prüfung materieller Fragen zutraut, etwa im Rahmen der (nach § 811 Abs. 2 ZPO relevanten) Frage, ob der Verkäufer wegen einer durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Geldforderung vollstreckt. Hier wird akzeptiert, dass solche Fragen „häufig erst im Erinnerungsverfahren nach § 766 endgültig geklärt werden".[153] Auch wenn sich das Vollstreckungsorgan zur Beurteilung der Frage außer Stande sieht, fehlt es im Vollstreckungsrecht nicht an Vorbildern zum Umgang mit Unsicherheit. So ist der Gerichtsvollzieher bei Unsicherheit über die Vermögenszuordnung eines Gegenstands im Rahmen des § 808 ZPO[154] oder das Bestehen des gesetzlichen Pfändungsschutzes nach § 811 ZPO[155] gehalten, im Zweifel zur Rangwahrung die Pfändung durchzuführen. Ähnlich lassen sich auch Unsicherheiten über das Zustandekommen oder die Reichweite von Vollstreckungsvereinbarungen bewältigen. Zunächst sollte man – wie im Kontext des § 811 Abs. 2 ZPO[156] – die Darlegungs- und Beweislast für eine Vollstreckungsvereinbarung derjenigen Partei auferlegen, die sich auf sie beruft. Zweifelt das Vollstreckungsorgan an der Existenz oder der Wirksamkeit der ihm vorgelegten Vollstreckungsvereinbarung, so verfährt es schlicht nach den gesetzlichen Vorschriften und wird im Zweifel die Maßnahme vornehmen.[157] Der Partei, die dadurch ihre Rechte aus der Vereinbarung verletzt sieht, steht der Weg über die Rechtsbehelfe des Vollstreckungsrechts offen,[158] wobei im Regelfall[159] die Erinnerung nach § 766 ZPO der sachnächste Rechtsbehelf sein sollte.[160]

Schließlich mag man dem hier vorgeschlagenen Modell entgegenhalten, dass der Bundesgerichtshof unlängst die Anwendung des § 766 ZPO zur Geltendmachung vollstreckungsbeschränkender Vereinbarungen „unter Berücksichtigung der eingeschränkten Prüfungskompetenz der Vollstreckungsorgane bei der gebotenen typisierenden Betrachtung" abgelehnt hat, weil sowohl Abschluss wie Inhalt einer derartigen Vollstreckungsvereinbarung nicht leicht

---

[153] Zu weiteren Beispielen *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 5 Rn. 53.

[154] Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 808 Rn. 8, 12.

[155] Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 21.

[156] Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 76.

[157] Eine Amtspflichtverletzung liegt darin nicht, da keine Amtspflicht des Vollstreckungsorgans zur Beachtung von Vollstreckungsvereinbarungen besteht, BeckOK ZPO/*Fleck* (Fn. 4) § 803 Rn. 30.

[158] *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 763 f.

[159] Etwas anderes gilt dann, wenn gegen die Maßnahmen des betreffenden Vollstreckungsorgans die Erinnerung nicht statthaft ist, z.B. wenn das Grundbuchamt als Vollstreckungsorgan handelt (§ 71 GBO), dazu Zöller/*Herget* (Fn. 9) § 766 Rn. 2 ff.

[160] Der statthafte Rechtsbehelf zur Geltendmachung von Vollstreckungsvereinbarungen ist traditionell umstritten, siehe die Darstellung durch BGH 18.5.2017, NJW 2017, 2202, 2203, Rn. 26 ff.

festzustellen seien.[161] Abgesehen davon, dass man über die Überzeugungskraft dieser Entscheidung geteilter Ansicht sein kann, weil keiner der gesetzlichen Rechtsbehelfe auf Vollstreckungsvereinbarungen richtig passt, spricht sie nicht gegen das hier vorgeschlagene Analyseraster zur Beurteilung von Vollstreckungsvereinbarungen. Es geht aus der Entscheidung nämlich nicht hervor, ob die Entscheidung des Gerichts für die Vollstreckungsabwehrklage (analog § 767 ZPO) auf dem Bestreben nach Kongruenz der Prüfungsmaßstäbe von Vollstreckungsorgan und dem für die Erinnerung zuständigen Vollstreckungsgericht (§§ 764 Abs. 1, 766 Abs. 1 ZPO) oder auf den begrenzten Erkenntnismöglichkeiten des Erinnerungsverfahrens beruhte. Ersteres wäre eine dogmatische Wertung, die nicht zwingend ist und auch nicht konsequent im Vollstreckungsrecht durchgehalten wird, denn es gibt andere Fälle, in denen eine Erinnerung erfolgreich sein kann, obwohl das Vollstreckungsorgan die Unzulässigkeit seines Handelns nicht erkennen konnte.[162] Letzteres dürfte nicht zutreffend sein, denn für das Erinnerungsverfahren gelten die allgemeinen Grundsätze des ZPO-Beschlussverfahrens (§ 764 Abs. 3 ZPO),[163] nach dessen Vorschriften auch Abschluss und Inhalt von Vollstreckungsvereinbarungen festzustellen sein dürften. Selbst wenn man der Rechtsprechung folgt und den eigens kreierten Rechtsbehelf nach § 767 ZPO analog zur Aufhebung einer Pfändung unter Berufung auf eine vollstreckungs*beschränkende* Vereinbarung für statthaft hält,[164] so bliebe zur Durchsetzung einer vollstreckungs*erweiternden* Vereinbarung oder einer *Verfahrens*vereinbarung immer noch die Erinnerung nach § 766 Abs. 2 ZPO.[165]

---

[161] BGH 18.5.2017, NJW 2017, 2202, 2204, Rn. 38.

[162] Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass die Erinnerung auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden kann, § 571 Abs. 2 ZPO entsprechend, Zöller/*Herget* (Fn. 9) § 766 Rn. 22. Auch in den Fällen der Drittbetroffenheit ist anerkannt, dass der Gerichtsvollzieher auch bei Zweifeln an Dritteigentum rechtmäßig handelt, selbst wenn sich später im Rechtsbehelfsverfahren die Unzulässigkeit der Pfändung herausstellt, Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 12. Ebenso wird bei den häufig schwierigen materiellrechtlichen Auflockerungen der Formalisierung akzeptiert, dass die Frage erst im Erinnerungsverfahren geklärt werden kann, *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 5 Rn. 53.

[163] Zöller/*Herget* (Fn. 9) § 766 Rn. 27.

[164] Auch § 767 ZPO passt nicht unmittelbar auf vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen, vgl. die ausführliche Analogiebegründung durch BGH 18.5.2017, NJW 2017, 2202, 2204, Rn. 43 ff. Dies unterstreicht einmal mehr, dass es sich letztlich um eine dogmatische Wertung handelt.

[165] *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 437.

4. *Anwendung in Einzelfällen*

Nach der Entwicklung eines Analyserahmens sollen nun zwei Beispiele von Vollstreckungsvereinbarungen anhand dieses Rahmens auf ihre Zulässigkeit untersucht werden.[166]

a) *Vereinbarungen über den Umfang der Vollstreckung*

Die wohl am häufigsten diskutierte Vollstreckungsvereinbarung ist eine Vereinbarung über den Umfang der Zwangsvollstreckung. Es wurde bereits dargelegt, dass es der heute ganz herrschenden Meinung entspricht, eine *zeitliche* (z.B. Vollstreckungsaufschub) oder *gegenständliche Beschränkung* der Vollstreckung, etwa eine Ausklammerung des Familienheims, zu gestatten.[167] Dies ist zulässig, da solche Vereinbarungen das Verfahren der Zwangsvollstreckung nicht berühren (dazu oben IV.1.a)) und es dem Gläubiger als Ausfluss seiner Verfahrensherrschaft frei steht, den Umfang der Vollstreckung zu beschränken, soweit die Vereinbarung nicht die Rechte Dritter berührt (dazu oben IV.2.a)). In Betracht kommt damit nur eine Unwirksamkeit bei Betroffenheit von Drittinteressen (dazu oben IV.2.b)) oder nach materiellem Recht, etwa nach AGB-Recht (dazu oben IV.2.c)), die aber wohl nur selten durchgreifen wird.[168] Zulässig ist es ebenfalls, bestimmte Vollstreckungsarten per Vereinbarung auszuschließen, beispielsweise die Immobiliarvollstreckung oder die Lohnpfändung: Da der Gläubiger die Vollstreckungsart frei wählen kann, weil jede Vollstreckungsart nur durch seinen Antrag in Gang gesetzt wird (vgl. §§ 802a, 829, 888 ZPO), liegt es auch in seiner Dispositionsbefugnis, per Vereinbarung auf eine Vollstreckungsart zu verzichten.[169]

Demgegenüber wird die *gegenständliche Erweiterung* des Vollstreckungszugriffs durch Disposition über den Vollstreckungsschutz von der überwiegenden Meinung abgelehnt.[170] Dies ist sicher richtig, soweit sich die entsprechende Wertung auch im materiellen Recht widerspiegelt. So wird man

---

[166] Zu Vereinbarungen über Vollstreckungstitel und Vollstreckungsklausel bereits oben IV.1.b).

[167] Dazu oben bei Fn. 44–55.

[168] Zum Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes oben Fn. 50 und Fn. 137.

[169] Eine (materiellrechtliche, § 307 BGB) Grenze wird möglicherweise dort erreicht, wo sich ein Schuldner durch den Ausschluss der einzigen ertragreichen Vollstreckungsart quasi vollstreckungsfest einrichtet. Denkbar wäre etwa eine Vereinbarung mit einem US-amerikanischen Internetunternehmen, das in Deutschland nur einige Schreibtische besitzt und die Forderungspfändung generell ausschließt.

[170] Auch die Zulässigkeit einer zeitlichen Erweiterung des Vollstreckungszugriffs, etwa durch Verzicht auf Wartefristen nach §§ 750 Abs. 3, 720a, 798 ZPO oder § 794a ZPO, ist umstritten; zum ersteren Fall unten Fn. 182; zum Verzicht auf § 794a ZPO Zöller/*Geimer* (Fn. 9) § 794a Rn. 7 (unzulässig); LG München I 4.11.1983 – 14 T 19261/83, WuM 1987, 66, 67 (zulässig).

den Vollstreckungsschutzantrag nach § 765a ZPO als prozessuales Pendant zu § 138 BGB ebenso als indisponibel ansehen müssen[171] wie den Pfändungsschutz bei Forderungen nach §§ 850 ff. ZPO als prozessuales Pendant zum Abtretungsverbot des § 400 BGB. Weniger leicht fällt die Entscheidung beim Pfändungsschutz in der Mobiliarvollstreckung gemäß § 811 ZPO. Hier sei vorweg bemerkt, dass die Diskussion in vielen Fällen ohne praktische Auswirkung sein dürfte, weil die große Mehrzahl der Pfändungsverbote des § 811 ZPO, vor allem die praktisch relevanten § 811 Abs. 1 Nr. 1 und 5 ZPO, nicht nur dem Schutz des Schuldners, sondern auch der in seinem Haushalt lebenden Personen dienen.[172] Bei nicht allein lebenden Schuldnern wird sich eine solche Vereinbarung also im Regelfall bereits dann nicht auswirken, wenn die Drittbetroffenen nicht zugestimmt haben (zu dieser Grenze IV.2.b)) und deshalb die Pfändung anfechten.

Steigt man in die Diskussion um die Disponibilität der Pfändungsverbote ein, so geht die Rechtsprechung[173] und mit ihr die klar überwiegende Auffassung in der Literatur[174] davon aus, dass es sich um unverzichtbaren Schuldnerschutz im öffentlichen Interesse handele. In hehren, angesichts des allgemeinen Zustands des Sozialstaats im Jahr 1909 möglicherweise allzu hehren Worten hat bereits das Reichsgericht beschworen, dass es „in höchstem Maße anstößig“ wäre, „wenn dem Schuldner die in § 811 Abs. 1 Nr. 1 ZPO aufgeführten unentbehrlichen Sachen durch die staatlichen Vollstreckungsorgane genommen würden“.[175] Nähert man sich der Frage mit etwas nüchterner Perspektive, so ist zunächst festzuhalten, dass sich eine Unverzichtbarkeit des Pfändungsschutzes in den Gesetzesmaterialien nicht nachweisen lässt.[176] Auch fehlt es in den Fällen des § 811 ZPO an einem parallelen Verfügungsverbot im Bürgerlichen Recht; der Pfändungsschutz nach der ZPO gilt nur für die Verwertung aus gesetzlichen besitzlosen Pfandrechten wie dem Vermieterpfandrecht (§ 562 Abs. 1 Satz 2 BGB), nicht aber für rechtsgeschäftliche

---

[171] LG Mannheim 17.10.1960 – 5 T 150/60, MDR 1963, 226; *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 100.

[172] Siehe oben Fn. 72.

[173] RG 19.11.1909, RGZ 72, 181, 183; wohl auch BGH 20.11.1997 – IX ZR 136/97, BGHZ 137, 193, 197: „stehen grundsätzlich nicht zu seiner Disposition“; BGH 19.3.2004 – IXa ZB 321/03, NJW-RR 2004, 789, 790: „Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen im öffentlichen Interesse“.

[174] *Johann Kindl,* in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung[3] (München 2015) § 811 Rn. 7; MünchKommZPO/*Gruber* (Fn. 95) § 811 Rn. 13 f.; *Udo Becker,* in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung[14] (München 2017) § 811 Rn. 8 f.; *Rainer Kemper,* in: Saenger, Zivilprozessordnung[7] (Baden-Baden 2017) § 811 Rn. 5; Stein/Jonas/*Würdinger* (Fn. 3) § 811 Rn. 8; *Anja Forbriger,* in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO[28] (München 2018) § 811 Rn. 3, 5; *Philipp,* Rpfleger 2010, 456, 463 f.

[175] RG 19.11.1909, RGZ 72, 181, 183.

[176] Oben Fn. 67.

Pfandrechte oder rechtsgeschäftliche Übereignungen. Der Schutz des § 811 Abs. 1 ZPO läuft daher nicht nur im Fall der Vollstreckung des Eigentumsvorbehaltsverkäufers (weitgehend) leer (§ 811 Abs. 2 ZPO); er kann auch durch die rechtsgeschäftliche Sicherungsübereignung und die danach mögliche Herausgabevollstreckung faktisch umgangen werden.[177]

Diese entstehungsgeschichtlichen und rechtstechnischen Einwände relativieren jedoch nicht ohne weiteres das Ziel des Schuldnerschutzes. Allerdings lassen sich gerade mit diesem Ziel nicht alle Pfändungsverbote des § 811 Abs. 1 ZPO erklären, von denen einige von vorneherein anderen Zielen als einem *sozialen* Schuldnerschutz dienen (z.B. § 811 Abs. 1 Nr. 4, 9 ZPO) und andere jedenfalls *heutzutage* überholt (z.B. § 811 Abs. 1 Nr. 3, 4a ZPO) sind.[178] Wenn man diese Prämisse teilt, dann lassen sich daraus drei dogmatische Schlüsse ziehen. Entweder sieht man mit der herrschenden Auffassung § 811 ZPO insgesamt als prozessual zwingende Vorschrift an, auf deren Schutz der Schuldner generell nicht verzichten kann. Dann nimmt man eine überschießende und an den rechtspolitischen Vorstellungen des ausgehenden 19. Jahrhunderts orientierte Einschränkung der Dispositionsfreiheit der (auch unternehmerischen) Parteien in Kauf, um den als sinnvoll erkannten Kern des § 811 ZPO zu schützen. Eine zweite Möglichkeit wäre es, nur einige Vorschriften des § 811 ZPO als prozessual zwingend einzustufen, eine Differenzierung,[179] für die sich im Gesetzestext allerdings keinerlei Anhaltspunkte oder Kriterien finden lassen. Die dritte, rechtsdogmatisch wie teleologisch überzeugendste Lösung ist es, § 811 ZPO grundsätzlich (im Einklang mit dem historischen Gesetzgeber) als für den Schuldner disponibel anzusehen. Das Ziel eines Schuldnerschutzes im öffentlichen Interesse lässt sich dann passgenauer durch die Instrumentarien des materiellen Rechts erreichen. Daraus folgt, dass der Verzicht des Schuldners auf den Vollstreckungsschutz zu gestatten ist, wenn er im Zeitpunkt der Pfändung (und nicht antizipiert) erfolgt, weil der Schuldner dann klar vor Augen hat, auf was er verzichtet, und der Übereilungsschutz weniger bedeutsam ist. Auch kann es in diesem Fall für den Schuldner von Interesse sein, auf den Pfändungsschutz an einem an sich unpfändbaren Gegenstand zu verzichten, um die Pfändung anderer pfändbarer, vom Schuldner aber möglicherweise höher bewerteter Gegenstände abzuwehren, zumal er den betreffenden Gegenstand auch rechtsgeschäftlich übereignen könnte. Demgegenüber scheitern antizipierte Vollstreckungsvereinbarungen in AGB an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB,[180] wenn sie nach der

---

[177] Zur Unanwendbarkeit des § 811 ZPO auf die Herausgabevollstreckung MünchKommZPO/*Gruber* (Fn. 95) § 811 Rn. 11.

[178] Oben Text bei Fn. 100–106.

[179] So *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 423 f., 426 ff.; *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 79 ff.

[180] Ebenso *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 762.

gesetzlichen Regelung des § 811 Abs. 1 ZPO pfändungsfreie Gegenstände aus dem persönlichen oder beruflichen Umfeld einer natürlichen Person der Pfändung unterwerfen. In einem solchen Fall wird nämlich von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abgewichen, ohne dass erkennbar wäre, welches wichtige Interesse des Vertragspartners eine solche Abweichung zu rechtfertigen vermag. Im Regelfall lassen sich nämlich mit gebrauchten Gegenständen der persönlichen oder beruflichen Lebensführung des Schuldners keine nennenswerten Erlöse in der Verwertung erzielen, während die Einbuße des Schuldners durch den Verlust dieser Gegenstände umso größer ist, weil er sich kaum die Neuanschaffung wird leisten können. Umgekehrt gestattet der hier vorgeschlagene Weg über das materielle Recht, Vereinbarungen im unternehmerischen Verkehr, etwa zur Pfändbarkeit von Arzneimitteln einer Apotheke (§ 811 Abs. 1 Nr. 9 ZPO), zu ermöglichen. Dies öffnet den Weg zu einer behutsamen Modernisierung des § 811 ZPO, deren sich der Gesetzgeber offenbar nicht annehmen will.[181]

b) *Vereinbarungen über Voraussetzungen oder Verfahren der Vollstreckung*

Bei der Beurteilung von Vereinbarungen über die Voraussetzungen oder das Verfahren der Vollstreckung hatte sich gezeigt, dass solche Vereinbarungen im Regelfall unzulässig und unwirksam sind, und zwar nicht wegen ihrer vollstreckungserweiternden Wirkungen, sondern weil den Vollstreckungsorganen nicht zugemutet werden kann, auf der Grundlage anderer als der in der ZPO vorgesehenen Regeln die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Zugleich hat sich aber gezeigt, dass Vereinbarungen auf diesem Gebiet durchaus in engen Grenzen zulässig sein können, wenn sich die Parteien noch in den Bahnen des geltenden Vollstreckungsrechts bewegen, etwa weil sie aufgrund der gesetzlichen Wertungen eine gesetzlich geforderte Vollstreckungsvoraussetzung selbst vornehmen (§ 794 ZPO) oder wenn sie ein gesetzlich gefordertes Verfahren durch ein anderes ersetzen dürfen.[182] Auf diesen Gedanken der ausnahmsweise zulässigen Selbstvornahme oder Substitution von gesetzlich vorgesehenen Verfahrensschritten ist nun anhand eines Beispiels zurückzu-

---

[181] Zur gescheiterten Reform oben Fn. 106.

[182] Zu Titel und Klausel bereits oben Text bei Fn. 125 und Fn. 127. Einen Verzicht auf die Zustellung (§ 750 Abs. 1 ZPO) und die Wartefristen (§§ 750 Abs. 3 i.V.m. 720a, 798 ZPO) gestatten *Emmerich,* ZZP 82 (1969) 413, 426; *Wagner,* Prozeßverträge (Fn. 2) 765 ff.; Schuschke/*Walker* (Fn. 9) § 750 Rn. 45, § 798 Rn. 2; Zöller/*Geimer* (Fn 9) § 798 Rn. 3; a.A. RG 9.12.1913, RGZ 83, 336, 340 f.; Zöller/*Seibel* (Fn. 9) § 750 Rn. 22; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard,* Zwangsvollstreckungsrecht (Fn. 3) § 22 Rn. 29 m.w.N.; *Philipp,* Rpfleger 2010, 456, 461 f.; ausführlich *Eberhard Schilken,* Verzicht auf Zustellung und Wartefrist in vollstreckbaren Urkunden?, DGVZ 1997, 81; differenzierend *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 93 ff.: Verzicht auf Zustellung unzulässig, auf Wartefrist zulässig.

kommen.[183] So mag man erwägen, eine Ordnungsmittelandrohung gemäß § 890 Abs. 2 ZPO in einen Prozessvergleich oder eine notariellen Urkunde aufzunehmen,[184] um den Titel sofort vollstreckbar zu stellen und damit eine Möglichkeit zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr als Alternative zu einer vertragsstrafebewehrten Unterlassungserklärung zu schaffen.[185] Eine solche „Selbstvornahme" des Androhungsbeschlusses ändert nichts an dem von den Vollstreckungsorganen zu beachtenden Verfahren. Anstelle des richterlichen Androhungsbeschlusses müssten sie nur überprüfen, ob sich eine Androhung bereits in dem von den Parteien errichteten Vollstreckungstitel findet, den sie ohnehin im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zu berücksichtigen haben (etwa um die Reichweite des Verbotstenors festzustellen), so dass keine Abweichung von zwingenden Verfahrensvorschriften und kein Verstoß gegen die Formalisierung der Zwangsvollstreckung (dazu oben IV.1.b)) vorliegt. Angesichts der allgemeinen und formelhaften Abfassung der richterlichen Androhungsbeschlüsse[186] wäre das Vollstreckungsorgan auch in der Lage zu prüfen, ob die Androhung im Titel der Parteien dieser Formel entspricht. Damit bleibt nur die Frage, ob eine solche Selbstvornahme der Androhung gegen die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Vollstreckungsvereinbarungen verstößt (dazu oben IV.2.), insbesondere ob dem Schuldner die Disposition über die richterliche Androhung zu gestatten ist. Zweck der gerichtlichen Androhung nach § 890 Abs. 2 ZPO soll es sein, „dem Schuldner die möglichen Folgen eines Verstoßes gegen das Unter-

---

[183] Als weiteres Beispiel mag man an eine Vereinbarung der Parteien denken, statt der Vollstreckung vertretbarer Handlungen nach § 887 ZPO nach § 888 ZPO vorgehen zu dürfen, was strukturell einem Vertragsstrafeversprechen (zugunsten der Staatskasse) ähnelt. Für die Zulässigkeit eines solchen Austauschs von Vollstreckungsarten bei schutzwürdigen individuellen Interessen des Schuldners (z.B. schwierige Abgrenzung zwischen § 887 ZPO und § 888 ZPO und daher Gefahr der Doppelvollstreckung oder unter Kaufleuten) *Scherf,* Vollstreckungsverträge (Fn. 5) 90 ff.: „von Fall zu Fall prüfen, ob die Vereinbarung einer für den Anspruch an sich nicht vorgesehenen, im Gesetz aber geregelten Vollstreckungsart mit den beiden Grundsätzen des Vorrangs der Vermögenshaftung und der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist"; *de lege ferenda* befürwortend *Peter Schlosser,* Optionen für den Gläubiger von Titeln, die nicht auf die Bezahlung von Geld gerichtet sind!, ZZP 105 (1992) 445, 446 f.; a.A. (Vereinbarung des § 888 ZPO statt § 887 ZPO unzulässig) OLG Hamm 11.10.1967, MDR 1968, 333, 334: „durch Parteivereinbarung in diese Regelung, soweit sie jedenfalls die Art und Weise der Vollstreckung betrifft, einzugreifen, ist unstatthaft; denn die Voraussetzungen und die Grenzen der staatlichen Vollstreckungshandlungen sind begrifflich den Abmachungen der Parteien entzogen"; Stein/Jonas/*Münzberg* (Fn. 9) Vor § 704 Rn. 101.

[184] Es geht hier nur um die Substitution der Ordnungsmittelandrohung gemäß § 890 Abs. 2 ZPO, nicht ihrer Festsetzung, die nach wie vor durch das Gericht erfolgen muss.

[185] Dazu oben Text bei Fn. 74–80.

[186] Zur Abfassung der Androhung *Hartmut Rensen,* in: Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze[4] (Berlin 2015) § 890 Rn. 64.

lassungsgebot deutlich vor Augen [zu] führen und ihn dadurch an[zu]halten, die Unterlassungspflicht zu befolgen".[187] Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Zweck nicht durch Aufnahme der gleichen Formel wie in einem richterlichen Androhungsbeschluss bereits in den von den Parteien errichteten Titel erreicht werden könnte, zumal der privatautonom geschaffene Unterlassungstitel mit Selbstvornahme der Androhung gewisse Parallelen zu einem – jedenfalls im unternehmerischen Verkehr grundsätzlich zulässigen – Vertragsstrafeversprechen aufweist. Letzte Zweifel zerstreut eine hypothetische AGB-Kontrolle: Würde man ernsthaft eine „selbstvorgenommene Ordnungsgeldandrohung" in einem privatautonom errichteten Titel wegen „unangemessener Benachteiligung" an § 307 BGB scheitern lassen, wenn sie auf Initiative des Unterlassungsschuldners erfolgt und er dadurch in die Lage versetzt wird, sich der von ihm gewünschten Vollstreckungsunterwerfung anstelle des nicht minder belastenden Vertragsstrafeversprechens zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr zu bedienen? Und wenn eine parteiautonome Selbstvornahme der Ordnungsgeldandrohung sogar der AGB-Kontrolle standhielte, will man sie dann ernsthaft zum Zwecke des Schuldnerschutzes für prozessual unzulässig halten? Diese Überlegungen zeigen, dass eine richterliche Androhung gemäß § 890 Abs. 2 ZPO jedenfalls im unternehmerischen Verkehr entbehrlich sein sollte, wenn die Parteien eine entsprechende Formulierung in einen gemäß § 794 ZPO errichteten Vollstreckungstitel aufgenommen haben.

V. Ergebnisse in Thesen

1. Weder die generelle Skepsis gegenüber Vollstreckungsvereinbarungen noch die Unterscheidung zwischen (zulässigen) vollstreckungsbeschränkenden und (unzulässigen) vollstreckungserweiternden Vereinbarungen vermögen zu überzeugen (dazu oben III.).

2. Vielmehr ist nicht in erster Linie nach der Richtung (Erweiterung/Beschränkung), sondern nach dem Gegenstand der Vereinbarung zu unterscheiden (dazu oben IV.1.). Vereinbarungen über den Umfang (Art, Gegenstand und Zeitpunkt) der Vollstreckung betreffen vorrangig die Parteien und sind grundsätzlich prozessual zulässig. Vereinbarungen über die Voraussetzungen oder das Verfahren der Vollstreckung berühren die formalisierte Tätigkeit der Vollstreckungsbehörden (Voraussetzungen, Verfahren) und die Rechte Dritter (Wirkungen) und sind grundsätzlich prozessual unzulässig. Sie können aber ausnahmsweise zulässig sein, soweit sie sich mit den Strukturprinzipien

[187] BGH 3.4.2014, GRUR 2014, 909, 910, Rn. 7 – Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich.

des Vollstreckungsrechts und insbesondere der Formalisierung vertragen, z.B. wenn durch Selbstvornahme oder Substitution einer Verfahrenshandlung deren Zweck erreicht werden kann oder wenn die Parteien auf einen Verfahrensschritt verzichten dürfen.

3. In beiden Fällen begrenzen die prozessuale Dispositionsbefugnis von Gläubiger und Schuldner, die Betroffenheit von Drittinteressen und das materielle Recht (v.a. §§ 138, 305 ff. BGB) den Spielraum der Parteien (dazu oben IV.2.). Erst im Rahmen dieses zweiten Prüfungsschritts kommt die Unterscheidung zwischen Vollstreckungsbeschränkung und Vollstreckungserweiterung bei der Frage nach der prozessualen Dispositionsbefugnis zum Tragen. Vollstreckungs*beschränkende* Vereinbarungen über Art, Gegenstand oder Zeit der Vollstreckung sind generell zulässig, weil der Gläubiger entsprechende Beschränkungen auch einseitig vornehmen könnte und der Schutz des Gläubigers heutzutage außerhalb des Vollstreckungsrechts verwirklicht wird (dazu oben IV.2.a)). Vollstreckungs*erweiternde* Vereinbarungen über diese Aspekte scheitern nicht generell an der fehlenden Dispositionsbefugnis des Schuldners (dazu oben IV.2.a)). Sie sind allerdings unzulässig, wenn die betreffenden Verfahrensvorschriften auch dem Schutz Dritter dienen oder wenn der Pfändungsschutz von Gegenständen des persönlichen oder beruflichen Gebrauchs natürlicher Personen ausgeschlossen wird (§ 307 Abs. 2Nr. 1 BGB, dazu oben IV.2.b), c)). Zulässig sind demgegenüber – vorbehaltlich einer AGB-Kontrolle im Einzelfall – vollstreckungserweiternde Vereinbarungen im unternehmerischen Verkehr.

Mehr Freiheit wagen im japanischen Recht

Die Folgen für das Justizsystem

Moritz Bälz

I. Mehr Freiheit wagen in Japan?

Im Rahmen eines Symposiums, welches unter dem Oberthema „Mehr Freiheit wagen“ stattfindet, wird nicht jeder gerade einen Beitrag zu Japan erwarten. Dies, obgleich Japan *Jürgen Basedow,* dem diese Veranstaltung gewidmet ist, schon lange am Herzen liegt.[1] Denn Japan wird vor dem Hintergrund seiner

---

[1] Siehe u.a. folgende Tagungsbände: Legal Aspects of Globalization – Conflict of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy, hrsg. von Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono (The Hague 2000); Economic Regulation and Competition – Regulation of Services in the EU, Germany and Japan, hrsg. von Jürgen Basedow/Harald Baum/Klaus J. Hopt/Hideki Kanda/Toshiyuki Kono (The Hague 2002); Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective, hrsg. von Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani (Tübingen 2008); Intellectual Property in the Global Arena – Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US, hrsg. von

„Modernisierung von oben" im ausgehenden 19. Jahrhundert, aber auch seines von einer paternalistischen Bürokratie orchestrierten Wirtschaftswunders seit den 1950er Jahren eher mit einem übermächtigen Verwaltungsstaat assoziiert als mit großen Freiräumen für private Initiative und einem entschiedenen Bekenntnis zu den Mechanismen des Marktes. Nach verbreiteter Wahrnehmung ist Japan mit seinem Modell lange Zeit auch gut gefahren. Erst mit dem Ende der sog. *bubble economy* Anfang der 1990er und dem Beginn einer langen Phase wirtschaftlicher Stagnation mehrten sich die Stimmen, innerhalb Japans ebenso wie unter ausländischen Beobachtern, die das dirigistische japanische Modell kritisch sahen und zur Absicherung der Zukunft des Landes in einer zunehmend globalisierten Welt grundlegende Änderungen für unausweichlich hielten.

Von westlichen Beobachtern nicht immer wahrgenommen wird, dass die beiden folgenden sog. verlorenen Jahrzehnte der 1990er und 2000er Jahre Japan zwar nicht den ersehnten wirtschaftlichen Wiederaufschwung bescheren konnten, aber vom Standpunkt des Rechts keinesfalls eine Phase des Stillstands darstellen. Im Gegenteil, es wurde eine ganze Serie von tiefgreifenden Reformen in Bezug auf das politische System, die Verwaltung und die Wirtschaft in Angriff genommen. So wurden 1994 beim Wahlsystem die Mehrkandidatenwahlkreise zugunsten einer Kombination von Einerwahlkreisen und Listenmandaten aufgegeben mit dem Ziel, mittelfristig zwei Parteien hervorzubringen, die auf der Grundlage inhaltlich stärker konturierter Wahlprogramme konkurrieren, den Wählern echte inhaltliche Alternativen bieten und einen Regierungswechsel erleichtern sollten.[2] Das Verwaltungsverfahren wurde auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt, um dieses transparenter zu gestalten und den Rechtsschutz gegen die Verwaltung effektiver zu gestalten.[3] Eine Dezentralisierung (*chihō bunken*) stärkte die Kompetenzen der Kommunen.[4] Im Bereich der Wirtschaft flexibilisierte man seit Ende der

---

Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono/Axel Metzger (Tübingen 2010); Special Economic Zones – Law and Policy Perspectives, hrsg. von Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono (Tübingen 2016).

[2] Zu dieser Reform und ihren bisherigen Wirkungen *Sherry Martin Murphy,* Postwar Democracy, in: The Sage Handbook of Modern Japanese Studies, hrsg. von James D. Babb (Los Angeles 2015) 392–404, 396 f.

[3] *Gyōsei tetsuzuki-hō* [Gesetz über das Verwaltungsverfahren], Gesetz Nr. 88/1993; zu nennen ist in diesem Zusammenhang ferner das *Gyōsei kikan no hoyū suru jōhō no kōkai ni kan suru hōritsu* [Informationsfreiheitsgesetz], Gesetz Nr. 42/1999. Siehe *Hiroshi Shiono,* Verwaltungsrecht im Umbruch (Japan), in: Das Recht vor den Herausforderungen eines neuen Jahrhunderts: Erwartungen in Japan und Deutschland, hrsg. von Zentraro Kitagawa/Junichi Murakami/Knut W. Nörr/Thomas Oppermann/Hiroshi Shiono (Tübingen 1998) 127–146; *Katsuya Uga,* Development of the Concept of Transparency and Accountability in Japanese Administrative Law, in: Law in Japan – A Turning Point, hrsg. von Daniel H. Foote (Seattle 2007) 276–303.

[4] *Momoyo Hüstebeck,* Dezentralisierung in Japan (Wiesbaden 2014).

1990er Jahre unter anderem das Arbeitsrecht, indem das Nachtarbeitsverbot für Frauen aufgehoben, Überstunden und Vertragsbefristungen erleichtert und die Beschränkungen für Zeitarbeit gelockert wurden.[5] Ferner wurde der auch politisch wichtige Reismarkt graduell dereguliert.[6] Ein *financial big bang* schuf eine neue Finanzmarktarchitektur.[7] Mehrere tiefgreifende Reformen des Gesellschaftsgesetzes mündeten 2005 schließlich in die Verabschiedung eines umfassenden neuen Gesellschaftsgesetzes.[8]

Viele, wenn auch nicht sämtliche dieser Reformen lassen sich auf den gemeinsamen Nenner einer Abkehr von der Lenkung durch eine übermächtige Elitebürokratie hin zu einer stärkeren Betonung der Eigenverantwortung bringen. Den Kräften des Marktes sollte mehr Raum gegeben werden, um das krisengeplagte Japan durch Kreativität und Initiative des Einzelnen zu revitalisieren. Insofern lässt sich feststellen, dass Japan in den letzten beiden Jahrzehnten durchaus in vielen Bereichen „mehr Freiheit gewagt" hat. Die Deregulierungswelle, die ausgehend von den USA und Großbritannien seit den 1980er Jahren Kontinentaleuropa erfasste, hat auch vor Japan nicht Halt gemacht. Der Begriff *kisei kanwa* wurde dort zum verbreiteten Schlagwort.[9] Dass er wörtlich übersetzt eher „Abmilderung" als vollständige Aufhebung marktbeschränkender Regelungen bedeutet, dürfte dabei kaum auf ein grundlegend anderes Verständnis hindeuten. Auch aus dem europäischen Kontext ist vertraut, dass Deregulierung in der Praxis zumeist auf einen Übergang zu weicheren Regulierungsformen hinausläuft.[10]

Thema dieses Beitrags ist nun nicht diese Tendenz zur Deregulierung als solche, ebenso wenig die kontroverse gesellschaftliche Debatte, die auch in

---

[5] Abriss bei *Akira Suzuku,* Labor Relations, in: Babb, Sage Handbook (Fn. 2) 542–566, 558 f.

[6] *Aurelia George Mulgan,* Agriculture, in: Babb, Sage Handbook (Fn. 2) 583–602, 590 f.

[7] *Harald Baum,* Der japanische „Big Bang" und das tradierte Regulierungsmodell: ein regulatorischer Paradigmenwechsel?, RabelsZ 64 (2000) 633–659; *Hideki Kanda,* Globalization of Capital Markets: A Perspective from Japan, in: Basedow/Kono, Globalization (Fn. 1) 69–76; kompakt auch *Hideki Kanda/Harald Baum,* Finanzmarktrecht, in: Handbuch des Japanischen Handels- und Wirtschaftsrechts, hrsg. von Harald Baum/Moritz Bälz (Köln 2011) 279–316, Rn. 3 ff.

[8] *Kaisha-hō,* Gesetz Nr. 86/2005. Überblick bei *Marc Dernauer,* Die japanische Gesellschaftsrechtsreform 2005/2006, ZJapanR 20 (2005) 123–162; den Mut des japanischen Gesetzgebers würdigend auch *Friedrich Kübler,* Das Land des Lächelns zeigt die Zähne, ZHR 170 (2006) 213–217.

[9] Zur Begriffsgeschichte in Japan *Heinrich Menkhaus,* Deregulierung in Japan – Eine Einführung, in: Referate des 13. Deutschsprachigen Japanologentages, Bd. II: Sozial-, Geschichts- und Rechtswissenschaft, hrsg. von Günther Distelrath (Berlin 2009) 217–230, 220 f.

[10] *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen – Über Deregulierung und Wettbewerb (Tübingen 2002) 14 ff.

Japan darüber geführt wird, ob Deregulierung einseitig die Interessen der Wirtschaft bedient.[11] Hier soll es vielmehr um die Folgen für das japanische Justizsystem gehen. Auch dieses hat seit 2001 eine umfassende Reform erfahren, die im Hinblick auf ihren Umfang und ihre Tiefe nur mit der Errichtung des modernen japanischen Justizwesens Ende des 19. Jahrhunderts und seiner grundlegenden Umgestaltung während der Besatzungszeit nach dem Zweiten Weltkrieg vergleichbar ist. In den Mittelpunkt meiner Betrachtung möchte ich stellen, wie die umfassende Reform des Justizwesens in Japan in gewisser Weise die Konsequenzen zu ziehen sucht aus den vorangegangenen Reformen in den Bereichen Politik, Verwaltung und Wirtschaft.

II. Anlass und übergeordnete Ziele der Justizreform

1. Der Abschlussbericht der Justizreformkommission als Blaupause

Der enge Zusammenhang zwischen der Justizreform und den vorausgegangenen Reformen[12] wird deutlich, wenn man den Blick auf Anlass und Zielsetzung der Justizreform richtet:

Als Blaupause der Reform dienten die Empfehlungen einer Expertenkommission, des sog. Justice System Reform Council (JSRC, jap. *Shihō seido kaiku shingi-kai*) aus dem Jahre 2001.[13] Wie in Japan bei größeren Reformvorhaben üblich, hatte diese Kommission einen breiten gesellschaftlichen Konsens erarbeitet. Bemerkenswert ist, dass sie unmittelbar beim Kabinett

---

[11] Vgl. *Souichirou Kozuka,* Competition Law, Deregulation, and Juridification, in: The Multiple Worlds of Japanese Law: Disjunctions and Conjunctions, hrsg. von Tom Ginsburg/Luke Nottage/Hiroo Sono (Victoria 2001) 101–106, 103 f.

[12] Bisweilen ist von einem Dreischritt von Reformen in Politik, Verwaltung und Justiz die Rede, wobei freilich die erwähnten Reformen im Bereich der Wirtschaft als Teil der Verwaltungsreformen begriffen zu werden scheinen. Vgl. *Kahei Rokumoto,* The Role of Bureaucracy in Deregulation – The Case of Justice System Reform in Japan, in: Corporate Governance in Context – Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US, hrsg. von Klaus J. Hopt/Eddy Wymeersch/Hideki Kanda/Harald Baum (Oxford 2005) 353–361, 357. Die Reform des Gesellschaftsrechts und des Produkthaftungsrechts nennt als Beispiele der Verwaltungsreform ausdrücklich *Setsuo Miyazawa,* The Politics of Judicial Reform in Japan: The Rule of Law at Last?, in: Raising the Bar – The Emerging Legal Profession in East Asia, hrsg. von William P. Alford (Cambridge, Mass., 2007) 107–162, 115.

[13] *Shihō seido kaikaku shingi-kai iken-sho: nijū issei-ki no Nihon o sasaeru shihō seido* [Empfehlungen der Justizreformkommission: Ein Justizsystem für Japan im 21. Jahrhundert], abrufbar unter <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/pdf-dex.html>. Die Empfehlungen werden im Folgenden nach der offiziellen englischen Übersetzung – Recommendations of the Justice System Reform Council: For a Judicial System to Support Japan in the 21st Century – zitiert, die ebenfalls auf der Homepage der Justizreformkommission abrufbar ist: <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/eng-dex.html>.

angesiedelt war und in ihr Vertreter der drei klassischen volljuristischen Berufe (jap. *hōsō sansha*) – Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte[14] – deutlich in der Minderheit waren gegenüber den Hochschullehrern und den Vertretern der „Justiznutzer" – konkret Vertretern von Wirtschafts-, Gewerkschafts- und Verbraucherverbänden.[15] Frühere Reformversuche, die bis in die unmittelbare Nachkriegszeit zurückreichen,[16] hatten nur graduelle Veränderungen bewirken können, da die informelle Abmachung galt, dass Reformen die drei volljuristischen Berufe betreffend nur im Konsens zwischen diesen bzw. ihren jeweiligen Fürsprechern, dem Obersten Gerichtshof (OGH), dem Justizministerium und der Japanese Federation of Bar Associations (*Nichibenren,* JFBA) erfolgen sollten.[17] Indem die Justizreform zur Angelegenheit von gesamtgesellschaftlichem Interesse erklärt wurde, brach man diesmal ausdrücklich mit dieser Tradition.[18] Der Abschlussbericht der Justizreformkommission von 2001 forderte bemerkenswert deutlich, die Reform nicht den drei juristischen Berufen zu überlassen:

„Yet how the justice system should be [...] is not something that should ever be allowed to be decided in accordance with the wishes only of the three branches of the legal profession, as was the case in the past."[19]

---

[14] Neben den genannten Volljuristen, die eine extrem selektive juristische Staatsprüfung und einen praktischen Ausbildungsabschnitt im Referendarsinstitut, dem sog. Legal Training and Research Institute (LTRI), zu absolvieren haben, spielen in Japan eine ganze Reihe juristischer „Hilfsberufe" (jap. *jun-hōsō*) eine bedeutende Rolle, deren Angehörige juristische Aufgaben in speziellen Bereichen übernehmen.

[15] Der dreizehnköpfigen Kommission gehörte nur je ein Vertreter der Richterschaft, der Staatsanwaltschaft und der Rechtsanwälte an: <http://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/singikai/members_e.html>. Zur Zusammensetzung im Detail *Miyazawa,* Politics of Judicial Reform (Fn. 12) 125.

[16] Schon 1964 hatte eine Expertenkommission festgestellt, dass die während der Besatzungszeit unternommene Stärkung der Judikative nur unzureichend Wirklichkeit geworden sei. U.a. hatte sich die Kommission grundsätzlich dafür ausgesprochen, Richter künftig wie in den USA und in Großbritannien aus dem Kreis erfahrener Anwälte zu rekrutieren (sog. *hōso ichigen,* wörtlich Einheit des Juristenstandes). Allerdings hielt man den Zustand der Anwaltschaft hierfür noch für unzureichend. Zum Vermächtnis dieser sog. *Rinshi*-Kommission für spätere Reformüberlegungen *Kahei Rokumoto,* The Historical Roots of Stasis and Change in Japanese Legal Education, in: East Asian Law – Universal Norms and Local Cultures, hrsg. von Arthur Rosett/Lucie Cheng/Margaret Y. K. Woo (London 2003) 156–181, 161 f.

[17] *Miyazawa,* Politics of Judicial Reform (Fn. 12) 108. Seit der Nachkriegszeit obliegt die Justizverwaltung dem Sekretariat des OGH. Die Staatsanwälte haben im Justizministerium eine besonders starke Stellung.

[18] *Rokumoto,* Historical Roots (Fn. 16) 178 Fn. 13; *ders.*, Role of Bureaucracy (Fn. 12) 361, wo er von einem „all Japan-approach" spricht.

[19] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Conclusion.

2. Die historisch bedingte Schwäche des japanischen Justizwesens

Die Justizreform zielte darauf, die historisch gewachsene, lange aber auch politisch gewollte Schwäche des japanischen Justizsystems zu überwinden. Schon länger identifizierte Problempunkte des japanischen Justizwesens sollten beseitigt werden. Weitgehend anerkannt ist, dass die im internationalen Vergleich auffällig geringe Zahl der Zivilprozesse in Japan wesentlich auf institutionelle Defizite zurückzuführen ist.[20] Die Reform zielte darauf, das Justizsystem für die Justiznutzer zugänglicher und effektiver zu gestalten, unter anderem indem die durchschnittliche Verfahrensdauer verkürzt, die Gerichtskosten gesenkt und der Zugang zu professionellem Rechtsrat erleichtert werden sollten. Der Vorsitzende der Kommission, der Verfassungsrechtler Kōji Satō, sah dabei die Schwäche der rechtsprechenden Gewalt in Japan, wo häufig von einer 20 %-Justiz (*niwari shihō*) gesprochen wird,[21] historisch begründet in der Exekutivlastigkeit des japanischen Staates seit der Modernisierung Ende des 19. Jahrhunderts, welche die modernen Justizinstitutionen einschließlich der juristischen Berufe erst schaffen musste.[22] Die Reform unter der (*de facto*) US-amerikanischen Besatzung nach dem Zweiten Weltkrieg habe dies letztlich nicht grundlegend zu verändern vermocht.

Das Vermächtnis des ausgehenden 19. Jahrhunderts wirkt auch insoweit fort, als die Rechtsanwaltschaft, die in der Phase der Modernisierung aus Sicht der politischen Führung und im gesellschaftlichen Ansehen gegenüber den „Staatsjuristen" (Richter und Staatsanwälte) deutlich zurückstand, trotz einer Aufwertung seit der Besatzungszeit noch immer um eine vollständige Gleichstellung ringt.[23]

Man muss hinzufügen, dass die maßgeblichen politischen Kräfte – das sog. eiserne Dreieck der regierenden Liberaldemokratischen Partei, der Ministerial-

---

[20] Siehe zuletzt etwa die Einschätzung der *Hōyū-kai,* einer Sektion der Anwaltskammer Tōkyō: *Hōyū-kai, Shihō kaikaku tōtatsu-ten to aratana kadai* [Justizreform: Erreichtes und neue Probleme] (2017), 5-1-2 unter 2., abrufbar unter <http://hoyukai.jp/policy/policyoutline/>. Zu dieser klassischen Debatte auch *Harald Baum/Moritz Bälz,* Of Traditional Values and Modernity: A New Japanese Litigiousness?, in: Liber Amicorum Gunthram Rahn (The Hague 2001) 3–25, 5 ff. Die Empfehlungen der Justizreformkommission lassen sich allerdings nicht als Absage an diejenigen lesen, welche die niedrige Prozessdichte in Japan auch auf kulturelle Faktoren zurückführen. Siehe unten bei Fn. 37.

[21] Damit wird die geringe Ressourcenallokation für die Justiz angeprangert. Vgl. *Kahei Rokumoto,* Overhauling the Judicial System: Japan's Response to the Globalizing World, ZJapanR 20 (2005) 7–38, 16.

[22] *Carol Lawson/Simon Thornley,* Translation: „Perceptions of the Current State of the Japanese Legal System": Interview with Kōji Satō, Chairman of Japan's Judicial Reform Council, Asian Law 4 (2002) 76–91, 77 f.; *Rokumoto,* Roots (Fn. 16) 168 ff.

[23] Aufschlussreich *Yasuhei Taniguchi,* The Changing Image of Japanese Practicing Lawyers (*Bengoshi*), in: Emerging Rights in Japanese Law, hrsg. von Harry N. Scheiber/Laurent Mayali (Berkeley 2007) 223–230, 226 ff.

bürokratie und der Wirtschaftsverbände – diese Schwäche des Justizsystems lange hinnahmen, ja als Teil des erfolgreichen japanischen Modells sogar verteidigten. Insbesondere eine vermehrte Prozesstätigkeit war politisch nicht gewollt. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der künstlichen Verknappung der finanziellen und personellen Ressourcen für das Justizsystem.[24] Erst seit den 1990er Jahren kam es auch insoweit zu einem Umdenken.

3. Die Justizreform als Konsequenz aus einem Paradigmenwechsel

Die Justizreformkommission hielt das japanische Justizwesen ohne eine umfassende und tiefgreifende Reform für nicht gerüstet für die gesteigerten Anforderungen des neuen Jahrhunderts. Neben einer zunehmenden Komplexität, Diversifizierung und Internationalisierung der japanischen Gesellschaft[25] wird aus Sicht der Kommission der durch die vorausgegangenen Reformen eingeläutete regulatorische Paradigmenwandel die Rolle des Justizsystems in Japan im 21. Jahrhundert dramatisch aufwerten. In den Empfehlungen heißt es insofern:

> „These reforms have sought to transform the excessive advance-control/adjustment type society to an after-the-fact review/remedy type society."[26]

Wenn der Einzelne, so der Gedanke, durch Abbau übermäßiger bürokratischer Kontrolle *ex ante* verstärkt von einem beherrschten Objekt zu einem autonomen Subjekt mit sozialer Verantwortung werden solle, müsse die Justiz qualitativ und quantitativ in die Lage versetzt werden, dem daraus erwachsenden Bedürfnis nach gerichtlicher Kontrolle *ex post* gerecht zu werden.[27] Die Justizreformkommission verstand die von ihr konzipierte Reform daher als den Dreh- und Angelpunkt (*saigo no kaname*) der vorausgegangenen Reformen. Die Justizreform solle nicht weniger erreichen, als endlich die Herrschaft des Rechts (*hō no shihai* als japanische Variante der *rule of law*) in der japanischen Gesellschaft zu verankern:

> „Japan, which is facing difficult conditions, has been working on various reforms, including political reform, administrative reform, promotion of decentralization, and reforms of the economic structure such as deregulation. What commonly underlies these reforms is

---

[24] *Harald Baum,* Recht in Japan – Ein einführender Überblick, in: Einführung in das japanische Recht, hrsg. von Johannes Kaspar/Oliver Schön (Baden-Baden 2017) 23–38, 34 ff.

[25] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Introduction und Chapter I Part 1.

[26] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter I Part 1.

[27] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter I Part 1. Den Gedanken, dass der Übergang zu einer verstärkten ex post-Regulierung die Rolle der Justiz aufwerten werde und diese deswegen reformiert werden müsse, hatte der spätere Vorsitzende der Justizreformkommission, Kōji Satō, schon im Jahre 1997 als Mitglied der Verwaltungsreformkommission (*Gyōsei kaikaku kaigi*) artikuliert. Siehe dessen Entwurf *Naikaku kinō no kyōka* [Stärkung der Funktion des Kabinetts] sub IV (4), abrufbar unter <https://www.kantei.go.jp/jp/gyokaku/shuchu-bessi/2.html>.

the will that each and every person will break out of the consciousness of being a governed object and will become a governing subject, with autonomy and bearing social responsibility, and that the people […] will work to restore rich creativity and vitality to this country. This reform of the justice system aims to tie these various reforms together organically under 'the rule of law' […]. Justice system reform should be positioned as the 'final linchpin' of a series of various reforms [...].“[28]

Der Kommission ging es dabei nicht nur um ein Zurückschneiden staatlicher Einmischung in den Markt. Vielmehr sollte die Reform auch die Ideale der Würde des Einzelnen und der Volkssouveränität verwirklichen, wie sie in der japanischen Nachkriegsverfassung enthalten seien, aber in der Gesellschaft bisher nicht wirklich Fuß gefasst hätten:

„[T]he fundamental task for reform of the justice system is to define clearly 'what we must do to transform both the spirit of the law and the rule of law into the flesh and blood of this country, so that they become 'the shape of our country'' and 'what is necessary to realize, in the true sense, respect for individuals […] and popular sovereignty […], on which the Constitution of Japan is based'.“[29]

Ein gerade für Japan wichtiger Aspekt ist, dass die Deregulierung nach der Vorstellung der Justizreformkommission mit einer Verrechtlichung (*hōka*) einhergeht. Dies ist, wie auch aus dem deutschen Kontext bekannt ist, nur scheinbar ein Widerspruch.[30] Der Abbau von markt- und freiheitsbeschränkenden Vorgaben müsse, so die Kommission, im Interesse des Schutzes des Einzelnen flankiert sein durch verbesserte Möglichkeiten, individuelle Rechte effektiv durchzusetzen, und zwar auf der Grundlage klarer Regeln. Um nochmals die Empfehlungen zu zitieren:

„At any rate, the role of the justice system will become dramatically more important in the Japanese society of the 21st century. In order for the people to easily secure and realize their own rights and interests, and in order to prevent those in a weak position from suffering unfair disadvantage in connection with the abolition or deregulation of advance control, a system must be coordinated to properly and promptly resolve various disputes between the people based on fair and clear legal rules.“[31]

Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Übermacht der japanischen Verwaltung traditionell in erheblichem Maße darauf beruht, dass diese aufgrund vager Regeln, mit breitem Ermessen und im Wege informellen Verwaltungshandelns (*gyōsei shidō*) agiert, welches bis zu den Verwaltungsreformen

---

[28] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter I.

[29] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter I. *Lawrence Repeta,* Japan's Judicial System Reform Council and the „Rule of Law“, Journal of the Japanese Association of the Sociology of Law 78 (2013) 241–260, 248 spricht deshalb davon, die Kommission habe eine „thick version“ der *rule of law* verfolgt, im Gegensatz zu einer bloß formalen Gesetzlichkeit (*rule by law*).

[30] Vgl. auch *Basedow,* Mehr Freiheit wagen (Fn. 10) 15.

[31] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter I Part 2 sub 1.

der 1990er Jahre zudem nur sehr eingeschränkt justiziabel war.[32] Im Rahmen der Justizreformkommission wurden demgegenüber Stimmen laut, die forderten, dass die japanische Gesellschaft von einem übermäßigen Vertrauen in die Bürokratie zu einem stärkeren Vertrauen in das Recht gelangen müsse.[33]

Zu einer zugänglicheren und effektiveren Justiz gehört nach den Vorstellungen der Kommission schließlich, dass das Justizwesen – verstanden in einem umfassenden Sinne einschließlich der außergerichtlichen Streitbeilegung und Rechtsberatung[34] – nicht nur in quantitativer Hinsicht mehr personelle Ressourcen erhalten und in qualitativer Hinsicht von institutionellen Mängeln befreit werden muss. Die Justiz könne ihrer erweiterten Rolle in Zukunft vielmehr nur gerecht werden, wenn sie für die Rechtssuchenden zugleich transparenter und vertrauenswürdiger werde:

„Justice can play its role fully only if its activities are easily seen, understood, and worthy of reliance by the people."[35]

Bislang, so die Analyse, seien Juristen und Recht zu weit entfernt von der Vorstellungswelt der Bürger.[36] Da Transparenz und Vertrauenswürdigkeit der Justiz im Rahmen der Empfehlungen einen so hohen Stellenwert einnehmen, lassen sich diese nicht als Absage an diejenigen lesen, welche die niedrige Prozessdichte zumindest auch mit kulturellen Faktoren wie einem spezifischen japanischen Rechtsbewusstsein erklären wollen.[37] Denn es ging der Reformkommission außer um die institutionellen Voraussetzungen des Justizwesens auch darum, die Einstellung der Justiznutzer zum Recht und zum Justizsystem zu verändern.

---

[32] Dadurch wurden zugleich Insider und etablierte Interessen bevorzugt; *Jonathan Marshall,* Who Decides the Role of Courts? – State or Society?, in: Emerging Rights (Fn. 23) 156 f.; *Ichirō Ozaki,* Judicial System Reform and Legalization: A Rapid Lapse from Idealism to Instrumentalism, ebd. 211–221, 217. Für den Finanzmarkt *Baum,* RabelsZ 64 (2000) 633, 651 und *Kanda,* Globalization of Capital Markets (Fn. 7). Vgl. auch *Lawson/Thornley,* Asian Law 4 (2002) 76, 81.

[33] So der von der Kommission als Experte angehörte Rechtswissenschaftler Kōichirō Fujikura, 5. Sitzung der Justizreformkommission am 26.10.1999, das Protokoll ist abrufbar unter <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/index.html>. Siehe auch *Lawson/Thornley,* Asian Law 4 (2002) 76, 83 f.

[34] Siehe unten bei Fn. 41.

[35] Chapter I Part 2 sub 3.

[36] *Lawson/Thornley,* Asian Law 4 (2002) 76, 79 und 83.

[37] Vgl. oben bei Fn. 20.

III. Kernpunkte der Reform

Die Reformziele in den Empfehlungen der Justizreformkommission klingen bisweilen idealistisch und abstrakt. Aber die vorgeschlagenen konkreten Reformschritte, die mit wenigen Abstrichen seit dem Jahre 2001 in über 20 Einzelgesetzen nach und nach umgesetzt worden sind, sind umfassend und einschneidend. Im Folgenden können nur die Kernpunkte der Reform dargestellt werden. Dabei ruht die Reform auf drei Säulen, welche eine Vielzahl einzelner Maßnahmen bündeln:

1. Anpassung der Institutionen des Justizwesens an die öffentlichen Erwartungen

Die erste Säule betrifft die formellen Institutionen des Justizwesens und zielt auf ein System, das den gewandelten öffentlichen Erwartungen gerecht wird.[38] Hier geht es um diverse Maßnahmen, die den Zugang zum Recht erleichtern, schnellere Verfahren gewährleisten[39] und die Effektivität der Zwangsvollstreckung steigern sollen. Wichtige Neuerungen für den Zivilprozess betreffen beispielsweise die Verfahrensleitung, die erweiterte Zuständigkeit der sog. summarischen Gerichte (*kan'i saiban-sho*), die Gerichtsgebühren, ein neues *legal aid*-Programm und die Einrichtung eines spezialisierten Gerichts für Geistiges Eigentum (sog. *IP High Court*). Zu nennen ist hier ferner die Reform des Verwaltungsprozesses von 2004.[40]

Ferner erhält die alternative Streitbeilegung, in Japan wie andernorts meist unter dem vagen Begriff der *alternative dispute resolution* (ADR) gefasst, durch die Justizreform eine bemerkenswerte Aufwertung. Hieran zeigt sich, dass die Empfehlungen der Justizreformkommission keineswegs nur auf die Justiz im engen Sinne abzielen, sondern das Justizsystem (*shihō seido*) in einem umfassenden Sinne in den Blick nehmen. Auf die zu erwartende zahlenmäßige Zunahme und weitere Ausdifferenzierung der Streitigkeiten soll mit einer Diversifizierung auch der Streitbeilegungsmechanismen reagiert werden.[41] So sollte die Anpassung des Schiedsrechts an das UNCITRAL Model Law im Jahre 2003 Japan gegenüber Singapur und Hong Kong als Schiedsort

[38] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter II.

[39] Die Verfahrensbeschleunigung gehörte bereits zu den Zielen der Reform des Zivilprozessrechts von 1998. Siehe hierzu *Christopher Heath/Anja Petersen,* Das Japanische Zivilprozeßrecht – Zivilprozeßgesetz und Zivilprozeßverordnung nach der Reform von 1996 (Tübingen 2002) 17 ff.

[40] *Gyōsei jiken soshō-hō no ichibu o kaisei suru hōritsu* [Gesetz zur teilweisen Änderungen des Verwaltungsprozessgesetzes], Gesetz Nr. 84/2004.

[41] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter II Part 1 sub 8. Für den Finanzmarkt so zuvor schon *Kanda,* Globalization of Capital Markets (Fn. 7) 75.

wettbewerbsfähiger machen.[42] Das sog. ADR-Gesetz von 2004 zielte insbesondere auf eine Stärkung der privaten Mediation.[43] Ein neues Schlichtungssystem für individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten hat seit 2006 rasch an Bedeutung gewonnen.[44] Japan verfügt über eine reiche, wenn auch nicht ungebrochene Tradition der alternativen Streitbeilegung.[45] Bemerkenswert ist die Rolle, welche die Justizreform der alternativen Streitbeilegung beimisst, deshalb, weil die vielfältigen Formen alternativer Streitbeilegung lange eher als Argument gegen die Notwendigkeit einer Stärkung der gerichtlichen Streitbeilegung[46] oder aber als ein Relikt der Vorkriegszeit und als ein Ausdruck noch unvollkommener Modernisierung[47] angesehen wurden. Nunmehr betont der Kommissionsbericht, dass ADR komplementär zum gerichtlichen Verfahren eine wichtige Rolle bei der Verwirklichung der Herrschaft des Rechts spielen solle.[48]

2. Juristische Ausbildung und juristische Berufe

Die zweite Säule der Reform betrifft die juristischen Berufe.[49] Die „personelle Infrastruktur" für das künftige Justizwesen stand für den Kommissionsvorsitzenden sogar an erster Stelle.[50] Ohne Juristen, mag man zugespitzt formulieren, kein Rechtsstaat.

---

[42] *Chūsai-hō* [Schiedsgesetz], Gesetz Nr. 138/2003.

[43] *Saiban-gai funsō kaiketsu tetsuzuki no riyō no sokushin ni kan suru hōritsu* [Gesetz betreffend die Förderung des Gebrauchs der Verfahren außergerichtlicher Streitbeilegung], Gesetz Nr. 151/2004.

[44] Überblick bei *Satoshi Nishitani/Hans-Peter Marutschke,* Arbeitsrecht, in: Baum/Bälz, Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Fn. 7) Rn. 148 ff.

[45] Umfassend *Harald Baum,* Mediation in Japan – Development, Forms, Regulation and Practice of Out-of-Court Dispute Resolution, in: Mediation – Principles and Regulation in Comparative Perspective, hrsg. von Klaus J. Hopt/Felix Steffek (Oxford 2012) 1013–1094.

[46] Während die Ressourcen für die Streitbeilegung durch Gerichtsurteil bewusst klein gehalten wurden, wurden alternative Streitbeilegungsformen als die der harmonieorientierten japanischen Gesellschaft angemesseneren propagiert. Vgl. *Frank K. Upham,* Weak Legal Consciousness as Invented Tradition, in: Mirror of Modernity: Invented Traditions in Modern Japan, hrsg. von Stephen Vlastos (Berkeley 1998) 48–64.

[47] Insbesondere im Anschluss an den berühmten japanischen Rechtssoziologen Kawashima, dessen primär kulturelle Deutung der geringen Prozessdichte in Japan auch die westliche Sicht auf die Streitbeilegung in Japan lange geprägt hat, unter anderem durch *Takeyoshi Kawashima,* Dispute Resolution in Contemporary Japan, in: Law in Japan – The Legal Order in a Changing Society, hrsg. von Arthur T. von Mehren (Cambridge, Mass., 1963) 41–72.

[48] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter II Part 1 sub 8.

[49] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter III.

[50] *Lawson/Thornley,* Asian Law 4 (2002) 76, 87.

Hierfür muss man wissen, dass zum einen die japanische Richterschaft traditionell extrem klein ist. So kamen im Jahre 2017 in Japan auf einen Richter knapp 46.000 Einwohner – verglichen mit gut 4.000 in Deutschland und gut 18.000 in Großbritannien.[51] Japanische Richterinnen und Richter gelten zwar als technisch versiert, unbestechlich und fleißig, aber auch als eher passiv und weltfremd. Zudem macht das dem Obersten Gerichtshof obliegende Beförderungs- und Versetzungssystem japanische Richter zu einer Art Karrierebürokraten.[52] Diesbezüglich ging es im Rahmen der Reform – abgesehen von der allgemeinen Juristenausbildung – einerseits um eine Erhöhung der Richterzahlen, andererseits darum, verstärkt Richterinnen und Richter zu ernennen, welche über vielfältigere Lebenserfahrung verfügen. Dafür sollen auch verstärkt Richterinnern und Richter aus der Anwaltschaft berufen werden.

Vor allem aber zielt die Reform auf die Anwaltschaft. Diese sieht der Kommissionsbericht weder quantitativ noch qualitativ gerüstet für die Herausforderungen des neuen Jahrtausends. Der Bericht der Justizreformkommission geht davon aus, dass künftig wesentlich mehr und zugleich besser ausgebildete Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte benötigt werden, die vielfältigere Dienstleistungen anbieten müssten. Sie dürften vor allem gemeint sein, wenn es in den Empfehlungen hinsichtlich der (voll-)juristischen Berufe heißt:

„Accompanying future social and economic development, demand for the legal profession is anticipated to increase quantitatively as well as to become further diversified and more sophisticated qualitatively. Considering the current legal profession in Japan, it can hardly be regarded as being capable of sufficiently responding to the legal demands of the society in any respect. Therefore, in order to realize the above various institutional reforms in a fruitful manner, it is indispensable to widely expand the quality and quantity of the legal professionals who will play a crucial role as those who directly bear those reforms."[53]

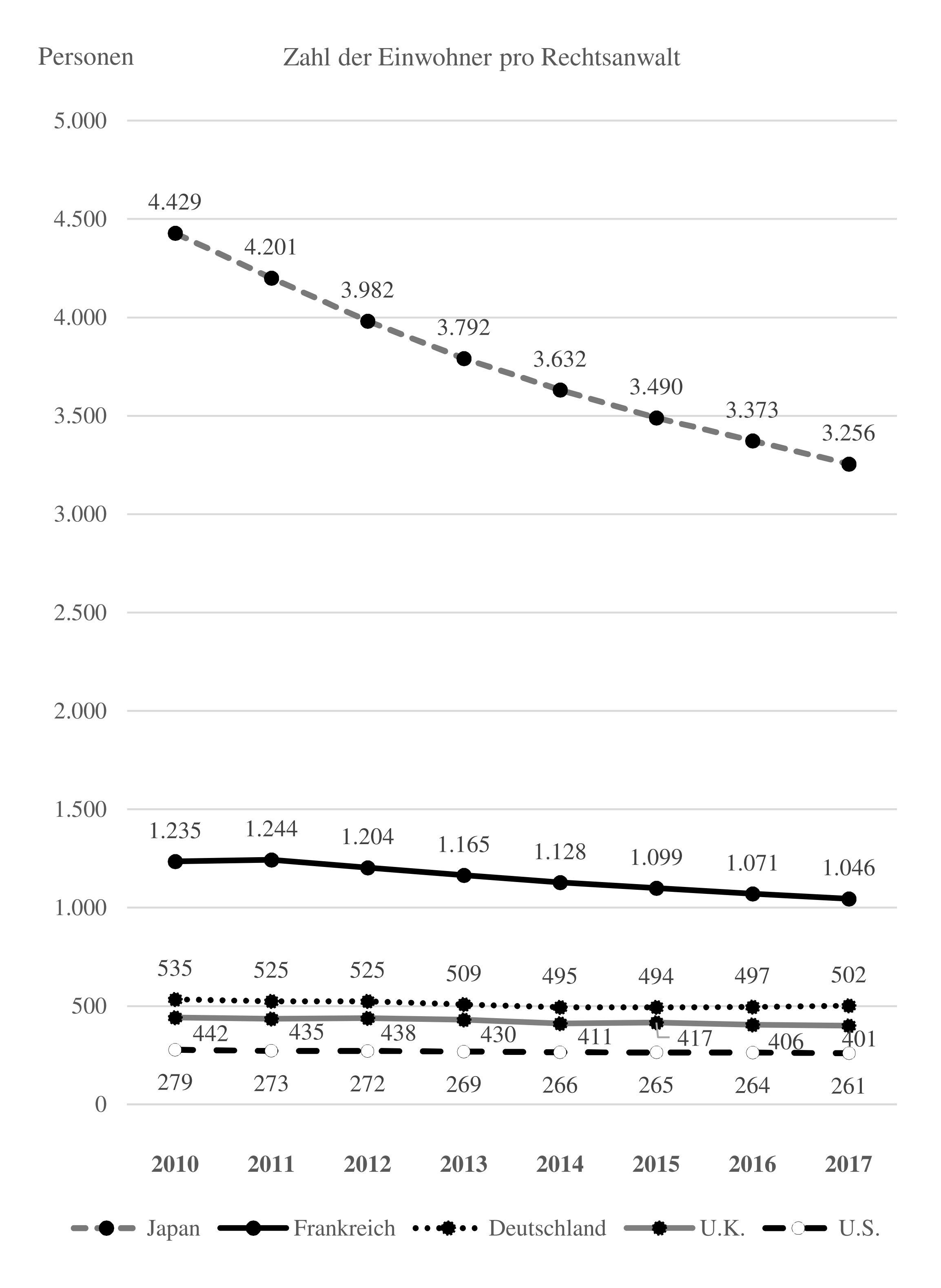
Dass die Anwaltsdichte in Japan im internationalen Vergleich auffallend gering ist, illustriert die folgende Statistik der Japanese Federation of Bar Associations (*Grafik 1*):

[51] *Japan Federation of Bar Associations,* White Paper on Attorneys 2017, 19 f.; abrufbar unter <https://www.nichibenren.or.jp/en/about/whitepaper2016.html>. Wenn man berücksichtigt, dass an den japanischen summarischen Gerichten auch Nichtvolljuristen als Richter fungieren, verschieben sich die Proportionen nur graduell.

[52] *Rokumoto,* Historical Roots (Fn. 16) 160.

[53] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter I Part 3 sub 2(2).

Grafik 1: Anwaltsdichte im internationalen Vergleich



Quelle: JFBA, White Paper on Attorneys 2017, S. 18

Danach ist die Anwaltsdichte in Japan um ein Mehrfaches geringer als in den USA oder den europäischen Ländern, mit denen Japan typischerweise verglichen wird. Diese Diskrepanz verringert sich etwas, aber nicht fundamental, wenn man berücksichtigt, dass bestimmte Rechtsdienstleistungen in Japan auch von verschiedenen juristischen Hilfsberufen wie sog. Rechtsschreibern (*shihō shoshi*), Patentanwälte (*benrishi*) und Steuerberater (*zeirishi*) angeboten werden können, die durchaus anspruchsvolle Zugangsprüfungen zu absolvieren haben, aber eben keine Volljuristen sind. In ländlichen Gebieten gab es vor der Reform zahlreiche Gerichtsbezirke, in denen überhaupt kein oder nur ein einziger Anwalt oder – sehr viel seltener – eine einzige Anwältin niedergelassen war.[54] Seriöse Studien nähren den Verdacht, dass nicht zuletzt die organisierte Kriminalität diese Lücke im Angebot an Rechtsdienstleistungen gefüllt hat.[55] Für die japanische Wirtschaft war der gestiegene Bedarf nach bezahlbarem Rechtsrat nicht zuletzt bei Spezialfragen und internationalen Transaktionen ein wesentlicher Grund, ihr politisches Gewicht für die Justizreform einzusetzen.[56]

Die bisher praktizierte extreme Verknappung der personellen Ressourcen des Justizsystems ist Ergebnis politischer Entscheidungen, ihr wichtigstes Steuerungsinstrument ist die staatliche Juristenprüfung. Deren Bestehen ist, insofern der Situation in Deutschland durchaus vergleichbar, Voraussetzung für den Zugang zu den volljuristischen Berufen. Anders als in Deutschland ist der Flaschenhals aber sehr viel enger und wird die Zahl der Kandidatinnen und Kandidaten, welche die Prüfung in einem bestimmten Jahr bestehen können, durch absolute Zielzahlen bestimmt, die über Jahrzehnte bei wenigen Hundert und bei Beginn der Justizreform 2001 bei weniger als 1.000 lagen. Dies führte lange Zeit zu einer Erfolgsquote im niedrigen einstelligen Prozentbereich.[57] Den zugelassenen Rechtsanwälten (praktisch die erfolgreichen Kandidaten abzüglich der wenigen Richter und Staatsanwälte) sicherte dies eine oligopolartige Stellung, die es ihnen erlaubte, bei der Annahme der Mandate wählerisch und bei der Vereinbarung ihrer Gebühren einigermaßen unbescheiden zu sein. Es verwundert nicht, dass die Anwaltschaft, vertreten durch die Japanese Federation of Bar Associations sich einer signifikanten Erhöhung dieser Zielvorgaben für den Zugang zu den volljuristischen Berufen jahrzehntelang vehement widersetzt hat.

Diese Blockadehaltung der Anwaltschaft ließ sich indes in den 1990er Jahren immer schwerer aufrechterhalten. Ein wesentlicher Faktor war, dass sich

---

[54] Vgl. die Zahlen bei *Miyazawa,* Politics of Judicial Reform (Fn. 12) 114.

[55] *Curtis Milhaupt/Mark D. West,* The Dark Side of Private Ordering: An Institutional and Empirical Analysis of Organized Crime, U.Chi.L.Rev. 67 (2000) 41–98.

[56] *Rokumoto,* ZJapanR 20 (2005) 7, 18. Traditionell galt das Ideal des Generalisten, was mit konfuzianistischen Idealen in Zusammenhang gebracht wird. Vgl. *Rokumoto,* Historical Roots (Fn. 16) 158: „the gentleman is not a vessel".

[57] Siehe die Statistik des Justizministeriums: <www.moj.go.jp/content/000054973.pdf>.

einflussreiche Unternehmerverbände für eine drastische Erhöhung der Anwaltszahlen aussprachen und Politiker der regierenden Liberaldemokratischen Partei (LDP) und die Medien zunehmend eine Reform des Justizwesens als Thema entdeckten.[58] Die Profiteure des lange Zeit schwachen Justizsystems setzten sich nunmehr also für dessen Stärkung ein.[59] Die Empfehlungen der Justizreformkommission gaben als neue Zielgröße jährlich 1.500 erfolgreiche Kandidaten ab 2004 vor, die bis 2010 nach und nach auf mindestens 3.000 gesteigert werden sollte. Dabei betonen die Empfehlungen, dass die Zahl der Juristen in Abkehr von der bisherigen Praxis künftig durch den Markt bestimmt werden solle:[60]

> „The number of legal professionals who actually work in various fields of the society is to be decided by the market principle, which is based on social demand. So it is necessary to note that securing 3,000 successful candidates for the national bar examination annually is a goal to be achieved 'deliberately and as soon as possible,' and this number does not signify the upper limit."

Dies werde, so die Kalkulation, die Zahl der Volljuristen bis 2018 auf rund 50.000 erhöhen (verglichen mit 20.370 Volljuristen im Jahre 1999, als die Kommission ihre Arbeit aufnahm).[61]

Damit die Juristen, insbesondere die Rechtsanwälte, das Recht für die Rechtssuchenden zugänglicher machen und – wie es der Bericht ausdrückt – zu „Ärzten des gesellschaftlichen Lebens" werden könnten, bedurfte es aus Sicht der Justizreformkommission zugleich einer Reform der juristischen Ausbildung. Hierfür wurden den Empfehlungen der Kommission folgend Graduiertenschulen an den Universitäten eingerichtet, die 2004 ihren Betrieb aufgenommen haben.[62] Im Normalfall[63] sollten Kandidaten künftig diese sog. Law Schools absolvieren und dann mit einer Wahrscheinlichkeit von 70–80 % die Juristenprüfung bestehen können. Während bislang die Jurastu-

---

[58] Vgl. beispielsweise die Stellungnahmen des Unternehmerverbands *Keidanren*: *Shihō seido kaikaku ni tsuite no iken* [Stellungnahme zu einer Reform des Justizsystem] (1998), abrufbar unter <https://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/pol173.html>. Eingehend *Dimitri Vanoverbeke/Jeroen Maesschalck,* A Public Policy Perspective on Judicial Reform in Japan, ZJapanR 27 (2009) 11–38, 32 ff.

[59] *Ozaki,* Legalization (Fn. 32) 212, spricht deshalb von Ironie; siehe auch *Miyazawa,* Politics of Judicial Reform (Fn. 12) 115 ff.

[60] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter III Part 1 sub 1.

[61] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter III Part 1 sub 1.

[62] Für einen exzellenten historischen Abriss siehe *Rokumoto,* Historical Roots (Fn. 16) 156.

[63] Weiterhin möglich ist es, auch ohne Besuch einer Law School die Juristenprüfung zu absolvieren, was verhindern soll, dass nur Vermögende Zugang zu den juristischen Berufen haben. Kandidaten, welche diesen Weg beschreiten, müssen zunächst eine zusätzliche Prüfung absolvieren. Diese Regelung wird von den Law Schools naheliegender Weise als Bedrohung empfunden.

denten, welche die Juristenprüfung anstrebten,[64] das dafür erforderliche Wissen überwiegend in privaten Repetitorien erworben hatten, sollte dies künftig in den Graduiertenschulen in kleinen Klassen, mit interaktiven, fallorientierten Unterrichtsmethoden und unter Einbindung von Rechtspraktikern erfolgen.

3. Verankerung der Justiz in der Bevölkerung

Die dritte, hier nur kursorisch zu behandelnde Säule der Reform zielt schließlich auf eine stärkere Verankerung des Justizwesens in der Bevölkerung.[65] Wie erwähnt, betont die Reform die Notwendigkeit einer für den Justiznutzer verständlichen und vertrauenswürdigen Justiz. Das zentrale Reformelement, um das Verständnis der Bürger vom Funktionieren des Justizwesens zu verbessern und das Vertrauen in dieses zu stärken, ist die Wiedereinführung von Laienrichtern im Strafprozess. Vereinfacht lässt sich dieses sog. *saiban-in*-System als eine Mischung aus dem US-amerikanischen Jury- und dem deutschen Schöffensystem charakterisieren. Hier soll der Hinweis genügen, dass dieser 2009 in Kraft getretene Teil der Justizreform in der allgemeinen Öffentlichkeit besondere Beachtung gefunden hat.[66]

IV. Die Justizreform als letzter Schritt beim Paradigmenwechsel hin zu mehr Autonomie und Eigenverantwortlichkeit?

1. Rasche Implementation und überwiegend positive Erfahrungen mit den Reformen im Allgemeinen

Stellt die Justizreform nun den krönenden Abschluss des Paradigmenwechsels von der bürokratischen Bevormundung hin zu mehr Autonomie und Eigenverantwortlichkeit dar? Ist Japan durch die Reform umgeschwenkt von dirigistischer *ex ante*-Kontrolle zu verstärktem Spiel der Marktkräfte, basierend auf klaren Regeln und effektiver gerichtlicher Sanktionierung *ex post?* In dieser Allgemeinheit sind diese Fragen nicht, jedenfalls noch nicht, zu beantworten.

---

[64] Bisher hatten Jurastudenten an den Universitäten nur zum geringeren Teil überhaupt die Staatsprüfung angestrebt. Der Unterricht zielte darauf, fähige Beamte und Parlamentarier auszubilden (die keine Juristenprüfung bestehen müssen), ferner Richter und Staatsanwälte. Die Ausbildung von Rechtsanwälten stand dagegen nicht im Vordergrund; so jedenfalls *Rokumoto,* Historical Roots (Fn. 16) 176, der betont, dass dieses Charakteristikum der japanischen Juristenausbildung auch die Reformen nach 1945 überlebt hat.

[65] *JSRC,* Recommendations (Fn. 13) Chapter IV.

[66] Siehe etwa *Kent Anderson/Leah Ambler,* The Slow Birth of Japan's Quasi-Jury System (Saiban-in Seido): Interim Report on the Road to Commencement, ZJapanR 21 (2006) 55–80; *Andrea Ortolani,* Reflections on Citizen Participation in Criminal Justice in Japan: Jury, Saiban-in System and Legal Reform, ZJapanR 29 (2010) 153–176.

Festhalten lässt sich, dass die seinerzeitige Regierung im Jahre 2001 die Gelegenheit beim Schopfe ergriffen und innerhalb von wenigen Monaten nach Vorlage der Empfehlungen der Reformkommission mit der Implementation der Reform begonnen hat. In wenigen Jahren wurde, begünstigt durch eine für japanische Verhältnisse stabile politische Lage unter Premierminister Koizumi, diese Blaupause durch den Erlass von Gesetzen Schritt für Schritt umgesetzt.[67] Nur wenigen der Empfehlungen wurde nicht gefolgt (zu einer zentralen, die Juristenprüfung betreffend, sogleich).[68]

Die empirische Erforschung der Auswirkungen der Reform steht noch in den Anfängen und bietet kein einheitliches Bild. Eine statistische Befragung von Justiznutzern (d.h. Prozessparteien) im Jahre 2011 ergab gegenüber einer zuletzt im Jahre 2006 durchgeführten Parallelstudie keine eindeutige Tendenz bei der Gesamtbewertung des Justizsystems in Zivilsachen.[69] Immerhin die Bemühungen um besser kalkulierbare Prozesskosten und um eine besser abzuschätzende Verfahrensdauer sind danach offenbar erfolgreich.[70] Die durchschnittliche Verfahrensdauer als solche stieg in den letzten Jahren eher wieder an,[71] was aber auch der gestiegenen Komplexität der Verfahren geschuldet sein kann. Eine signifikante Zunahme der Prozesstätigkeit, wie man sie nach dem Vorgesagten erwarten könnte, lässt sich dagegen allgemein nicht feststellen.[72] Nur in bestimmten Bereichen, wie bei den Aktionärsklagen, zeitweise auch bei Verbraucherkreditstreitigkeiten und bei individualarbeitsrechtlichen Fällen, hat die Prozessdichte signifikant zugenommen. Allerdings belegt dies noch nicht die Wirkungslosigkeit der Reform. Denn es ist zumindest denkbar, dass vermehrte Rechtsberatung außerhalb von Gerichtsprozessen häufiger eine Streitvermeidung oder außergerichtliche Streitbeilegung ermöglicht.[73] Dies wäre ganz im Sinne der Reform, welche das

---

[67] *Repeta,* Journal of the Japanese Association of the Sociology of Law 78 (2013) 241, 251.

[68] Nicht umgesetzt wurde die Empfehlung, zur *looser-pays rule* (vergleichbar der Kostenregelung im deutschen Zivilprozess) zu wechseln. Schwierig gestalten sich weiterhin die Bemühungen, verstärkt erfahrene Rechtsanwälte als Richter zu ernennen. Siehe die Beiträge im Sonderheft der monatlich erscheinenden Zeitschrift der JFBA, LIBRA, *Saiban-kan ni narimasenka-begoshi ninkan o kangaeru* [Wollen Sie nicht Richter werden? – Nachdenken über die Ernennung von Staatsanwälten zu Richtern], Jahrgang 9 (2009) Nr. 11.

[69] *Society for the Study of the Civil Procedural System,* Report on Japan's 2011 Civil Litigation Survey (Tokyo 2011) 158.

[70] So zumindest die subjektive Sicht der befragten Prozessparteien: *Society for the Study of the Civil Procedural System,* 2011 Civil Litigation Survey (Fn. 69) 68 bzw. 76. Ob die Prozesskosten in der subjektiven Wahrnehmung auch signifikant gesunken sind, konnte die Studie dagegen nicht mit Sicherheit feststellen (ebd. 74).

[71] *Saikō saiban-sho* [Oberster Gerichtshof], *Saiban no jinsokka ni kakaru kenshō ni kan suru hōkoku-sho* [Bericht über die Untersuchung zur Prozessbeschleunigung] (2017) sub II. 1.1; abrufbar unter <http://www.courts.go.jp/about/siryo/hokoku_07_hokokusyo/index.html>.

[72] *Saikō saiban-sho, Jinsokka ni kakaru kenshō* (Fn. 71) sub II. 1.1.

[73] Vgl. *Saikō saiban-sho, Jinsokka ni kakaru kenshō* (Fn. 71) sub II. 2(4).

Justizwesen umfassend als ein System begreift, das die streitige wie die nichtstreitige Konfliktlösung umfasst. Speziell bei der institutionalisierten Mediation ist allerdings nachweisbar, dass zwar viele zertifizierte Mediationsstellen entstanden sind, aber nur wenige von ihnen eine größere Zahl von Fällen bearbeiten.[74]

Unter japanischen Juristen werden die Maßnahmen innerhalb der ersten Säule der Reform, also die Neuerungen bezüglich der formellen Institutionen des Justizsystems, überwiegend positiv bewertet. Auch hinsichtlich des neuen Laienrichtersystems in Strafsachen, der Hauptbestandteil der dritten Säule, hat die anfangs z.T. vehemente Kritik merklich abgenommen.

2. *Kritik an der Reform der Juristenausbildung und der Juristenprüfung*

Am kritischsten fällt mit Sicherheit das Urteil über die Reformen der zweiten Säule betreffend die juristische Ausbildung und die juristischen Berufe aus. Dabei galt gerade die quantitative und qualitative Verbesserung der „personellen Infrastruktur" des Justizwesens als zentrales Element der Reform.

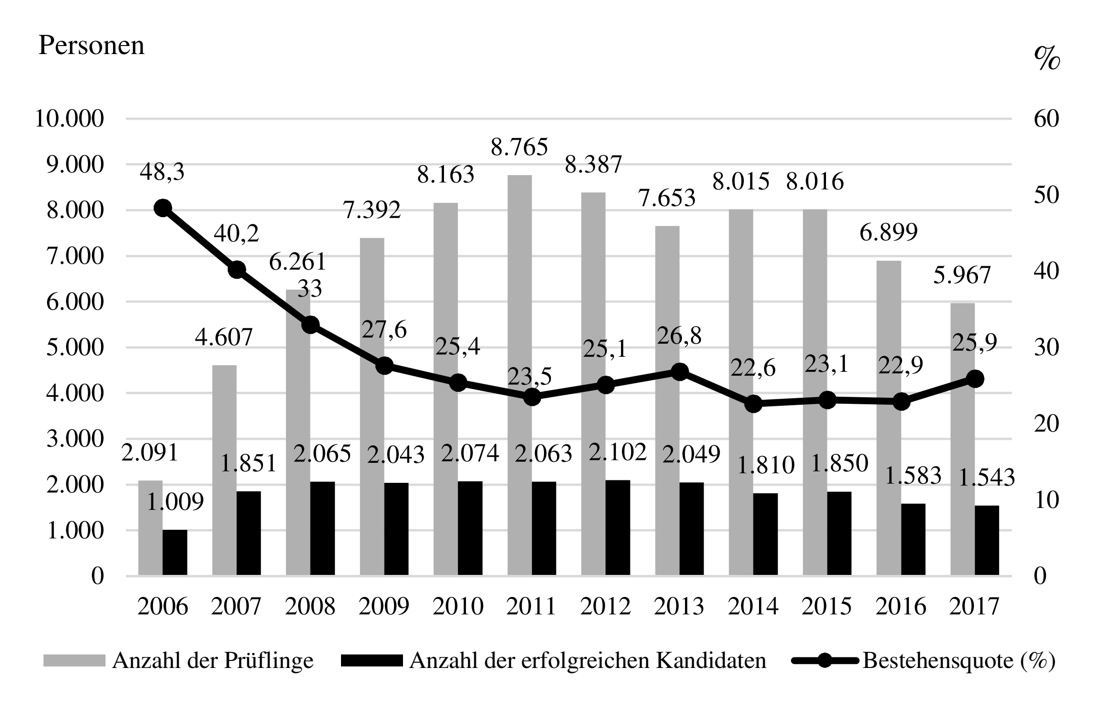
Grafik 2: Entwicklung der Anwaltszahlen 1950–2017

Quelle: JFBA, White Paper on Attorneys 2017, S. 9

Wie *Grafik 2* zeigt, ist die Zahl der Rechtsanwälte seit der Reform der Juristenprüfung und der Erhöhung der Zielzahlen für die erfolgreichen Kandidaten drastisch gestiegen. Auch die Anwaltsdichte hat ausgehend von einem im internationalen Vergleich sehr niedrigen Niveau signifikant zugenommen (siehe oben *Grafik 1*).

Die Anwaltschaft klagt nun lautstark über einen ruinösen Wettbewerb, der zumal jungen Rechtsanwälten keine ausreichenden beruflichen Chancen mehr eröffne und zu einem massiven Qualitätsverlust führe. Die Studierenden, die an den Law Schools hohe Gebühren zu zahlen haben, fühlen sich – verständlicherweise – betrogen. Denn die Erfolgsquote bei der reformierten Juristenprüfung lag statt der in Aussicht gestellten 70–80 % schon unmittelbar nach der Reform nur bei knapp 50 % und scheint sich, wie *Grafik 3* zeigt, jetzt um die 25 % einzupendeln. Dies wiederum stellt die Universitäten vor enorme Probleme, da die Studierendenzahlen dramatisch eingebrochen sind. Zahlreiche Law Schools mussten inzwischen schließen und die Universitäten die hohen Investitionen abschreiben. Hier findet gegenwärtig also eine schmerzhafte Marktanpassung statt.

Grafik 3: Bestehensquote in der Juristenprüfung 2006–2017



Quelle: JFBA, White Paper on Attorneys 2017, S. 12

[74] *Kota Fukui,* The Diversification and Formalisation of ADR in Japan: The Effect of Enacting the Act on the Promotion of the Use of Alternative Dispute Resolution, in: Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, hrsg. von Joachim Zekoll/Moritz Bälz/Iwo Amelung (Leiden 2015) 189–210, 207 f.

Grund ist zum einen eine planerische Fehlleistung. Das Bildungsministerium hatte zu viele Law Schools akkreditiert und damit Studienplätze zugelassen, so dass die erwartete Bestehensquote bei Zugrundelegung der Zielzahl von mindestens 3.000 erfolgreichen Kandidaten schon rein rechnerisch nicht erreicht werden konnte. Zum anderen hat die Anwaltschaft durchgesetzt, dass diese Zielzahl nie auch nur annähernd erreicht wurde[76] und inzwischen jährlich *de facto* wieder nur ca. 1.500 Kandidaten die Juristenprüfung bestehen können (vgl. *Grafik 3*).[77] Zum Vergleich: In Deutschland haben im Jahre 2016 bei einer Bevölkerungszahl von rund zwei Drittel der japanischen 9.353 Kandidaten die Erste Juristische Prüfung bestanden.[78] Entgegen den Empfehlungen der Justizreformkommission, welche die Konsequenzen aus der vorangegangen Deregulierung ziehen und für diesen Zweck auch bei der Zahl der Juristen Marktkräften mehr Spiel geben wollte, ist die Reform in diesem zentralen Punkt letztlich auf halbem Wege steckengeblieben. Konnte die Reform Anfang der 2000er Jahre unter den besonderen politischen Bedingungen[79] begonnen und die meisten der Empfehlungen der Kommission umgesetzt werden, hat die Anwaltschaft inzwischen eine Rückkehr zum dirigistischen Modell erzwungen.[80]

Das ist ein Rückschritt. Es ist schwer einzusehen, weshalb Wettbewerb nur auf der Ebene der Law Schools und der Examenskandidaten, nicht aber unter den zugelassenen Rechtsanwälten soll stattfinden dürfen.[81] Bei einer Zulas-

---

[75] *Setsuo Miyazawa,* Law Reform, Lawyers, and Access to Justice, in: Japanese Business Law, hrsg. von Gerald Paul McAlinn (Alphen aan den Rijn 2007) 39–89, 70. Immerhin wurde allen Universitäten, die bestimmte Standards erfüllten, die Chance eröffnet, eine Law School einzurichten, was auch einige weniger renommierte Universitäten erfolgreich genutzt haben, während manch altehrwürdige Universität sich schwertut; *Gerald Paul McAlinn,* Japanese Law Schools: „A Glass Half Full“, ZJapanR 30 (2010) 225–237, 230 f. und Fn. 22.

[76] Nachdem ein Kabinettsbeschluss am 19.3.2002 die Zielzahl von 3.000 erfolgreichen Kandidaten beschlossen hatte, wurde dieser Beschluss am 16.7.2013 offiziell zurückgenommen.

[77] 2017 haben 1.543 Kandidatinnen und Kandidaten bestanden. Siehe die Aufstellung des Justizministeriums unter <http://www.moj.go.jp/content/001236055.pdf>. Diese Zahl wird indirekt dadurch bestimmt, dass eine Kommission des Justizministeriums jährlich neu festlegt, mit welcher Punktzahl die Juristenprüfung als bestanden gilt. Die Einzelheiten sind dabei wenig transparent.

[78] Statistik des Bundesamts der Justiz, abrufbar unter <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html>.

[79] Zur *political economy* der Reform *Vanoverbeke/Maesschalck,* ZJapanR 27 (2009) 11. Bemerkenswert ist, dass auch vorausschauende Angehörige der Bürokratie die Reform unterstützen, ja erst ermöglichten, obwohl sie eine Machtverschiebung von der Bürokratie zugunsten der Gerichte und Rechtsanwälte beinhaltete; *Rokumoto,* Role of Bureaucracy (Fn. 12).

[80] Instruktiv *Rokumoto,* ZJapanR 20 (2005) 7, 24.

[81] Ähnlich *McAlinn,* ZJapanR 30 (2010) 225, 231.

sungsprüfung kann es nur um die Gewährleistung von Mindeststandards gehen. Ganz abgesehen von der Frage, ob die Juristenprüfung in ihrer gegenwärtigen Form – oder überhaupt irgendein Staatsexamen – geeignet ist, die besten Rechtspraktiker herauszufiltern, ist es im Interesse der Rechtssuchenden, dass zu entsprechend geringeren Preisen auch Rechtsdienstleistungen unterhalb der absoluten Spitzenklasse angeboten werden. Um im Bild des Kommissionsberichts von den Juristen als den „Ärzten des gesellschaftlichen Lebens" zu bleiben, muss es auch Anwälte geben, die sich eines juristischen Hustens und Schnupfens annehmen. Neben einem gesteigerten Kostenbewusstsein kann man sich von mehr Wettbewerb eine stärkere Serviceorientierung und größere Innovationsfreudigkeit seitens der Rechtsanwaltschaft versprechen. Selbst an den Gedanken, dass es Anwälte gibt, die mangels Wettbewerbsfähigkeit aus dem Markt ausscheiden, wird man sich in Japan gewöhnen müssen.

3. Verbesserungen bei den Rechtsdienstleistungen

Trotz aller Kritik an der Umsetzung der zweiten Säule der Reform hat diese für die juristische Ausbildung und die juristischen Berufe durchaus auch Verbesserungen gebracht.[82] Die größere Aufmerksamkeit für die juristische Ausbildung ist schon für sich genommen zu begrüßen. Letztere ist durch die Einführung der Law Schools zweifellos vielseitiger und praxisorientierter geworden. Vor allem aber ist durch den Anstieg der Anwaltszahlen – mag dieser gegenüber den Vorschlägen der Kommission auch stark gedämpft sein und noch lange nicht das Niveau der typischen Vergleichsländer erreicht haben – der Zugang zu Rechtsrat einfacher und, wie man vermuten darf, auch kostengünstiger geworden. Die Bezirke, in denen kein einziger Rechtsanwalt zugelassen ist, waren schon 2011 verschwunden.[83] Auch die Diversifizierung der Anwaltschaft schreitet durchaus im Sinne der Reformkommission voran. Spezialisierungen und Zusammenschlüsse zu größeren Sozietäten, die auch große und komplexe Transaktionen beraten können, haben zugenommen.[84] Ferner werden Volljuristen verstärkt *in-house* beschäftigt, wo sie zur Professionalisierung juristischer Abläufe beitragen können.[85]

---

[82] Für eine der wenigen (teilweise) positiven Sichtweisen in westlicher Sprache siehe *McAlinn,* ZJapanR 30 (2010) 225 ff.

[83] *Japanese Federation of Bar Associations,* White Paper on Attorneys 2012, 29; abrufbar unter <http://www.nichibenren.or.jp/library/en/about/data/WhitePaper2012.pdf>.

[84] Zur aktuellen Entwicklung siehe *Japan Federation of Bar Associations,* White Paper on Attorneys 2017 (Fn. 51) 25.

[85] *Japan Federation of Bar Associations,* White Paper on Attorneys 2017 (Fn. 51) 56; *Kota Fukui/Yusuke Fukui,* Empirical Support for Redefining the Legal Profession and New Roles for Lawyers in Japanese Corporations, Asian Law 12 (2010) 273–297.

Dagegen sind Belege für den befürchteten massiven Qualitätsverlust bei den Rechtsdienstleistungen bisher nur anekdotisch. Eine Befragung von Parteien im Jahre 2011 ergab, dass die subjektive Zufriedenheit mit dem eigenen Anwalt seit 2006 sogar leicht gestiegen ist.[86] Zwei unabhängig voneinander durchgeführte Studien, welche die Disziplinarverfahren gegen Anwälte untersucht haben, konnten nicht feststellen, dass die weniger selektiv zugelassenen jungen Rechtsanwälte sich häufiger ethisches Fehlverhalten zuschulden kommen lassen.[87]

V. Zusammenfassung

Japan ist seit den 1990er Jahren in wichtigen Bereichen der Politik, der Verwaltung und der Wirtschaft von seiner dirigistischen Tradition abgerückt, zugunsten von mehr Eigenverantwortung des Einzelnen und mehr Spiel für die Kräfte des Marktes. Eine umfassende Justizreform seit der Jahrtausendwende zielt darauf ab, aus diesen Deregulierungstendenzen gleichsam die Konsequenzen zu ziehen. Angesichts der zurückgenommenen *ex ante*-Kontrolle durch eine übermächtige Verwaltung soll die *ex post*-Kontrolle durch das Justizsystem gestärkt werden, Letzteres verstanden in einem umfassenden Sinne unter Einschluss der alternativen Streitbeilegung. Nach den Empfehlungen der Justizreformkommission von 2001, welche als Blaupause der Reform dienen, soll so nicht weniger erreicht werden, als die Herrschaft des Rechts endlich in der japanischen Gesellschaft zu verankern.

Damit das japanische Justizsystem den gesteigerten Anforderungen, wie sie aus dem Wandel der japanischen Gesellschaft, aber auch aus dem genannten regulatorischen Paradigmenwechsel resultieren, künftig gerecht werden kann, zielt die Reform nicht zuletzt auf eine Reform der (voll-)juristischen Berufe. Nicht nur sollen deren Angehörige künftig an den neu eingerichteten sog. Law Schools stärker an den praktischen Anforderungen orientiert ausgebildet werden, sondern es soll auch ihre im internationalen Vergleich auffallend geringe Zahl signifikant erhöht werden. Durch eine Reform der staatlichen Juristenprüfung als der entscheidenden Zugangshürde wollte die Justizreformkommission die künstliche Verknappung der Justizressourcen beenden und so auch den Anwaltsmarkt stärker den Kräften des Marktes unterwerfen.

---

[86] *Society for the Study of the Civil Procedural System,* 2011 Civil Litigation Survey (Fn. 69) 113.

[87] *Kyoko Ishida,* Deterioration or Refinement? – Impacts of an Increasing Number of Lawyers on the Lawyer Discipline System in Japan, International Journal of the Legal Profession 24 (2017) 243–257; *Kay-Wah Chan,* What Have They Done Wrong? – An Analysis of Disciplinary Actions against Japanese Lawyers: Past and Present, in: FS Setsuo Miyazawa, Bd. I (Tokyo 2017) 625–642.

Gerade bei dieser die personelle Infrastruktur des Justizsystems betreffenden zweiten Säule der Reform ist es jedoch zu planerischen Fehlleistungen bei der Einrichtung der Law Schools gekommen, die gegenwärtig schmerzhafte Marktanpassungen nach sich ziehen. Vor allem aber ist man auf Druck der Anwaltschaft zur Politik niedriger Zielzahlen für die erfolgreichen Kandidaten der Juristenprüfung zurückgekehrt und hat so den Gedanke der Deregulierung nicht durchgehalten. Die Zahl der Rechtsanwälte ist in Japan zuletzt von einem sehr niedrigen Niveau ausgehend erheblich gestiegen, aber weit weniger rasch, als von der Justizreformkommission empfohlen. Die dirigistische Kontrolle des Zugangs zu den juristischen Berufen besteht in abgeschwächter Form fort.

Auch wenn einer ihrer elementaren Bestandteile auf diese Weise nur halbherzig umgesetzt worden ist, hat die Reform positive Effekte durchaus auch auf den Markt der Rechtsdienstleistungen. So ist eine Diversifizierung und Spezialisierung der Anwaltschaft zu beobachten, während ein seitens der Anwaltschaft beklagter Qualitätsverlust sich empirisch bislang nicht belegen lässt. Auf diese Weise könnte, was als drastischer Umschwung geplant war, immerhin längerfristig dazu beitragen, Japan der Konzeption einer auf Autonomie und Wettbewerb gegründeten Gesellschaft näher zu bringen.

Mehr Freiheit wagen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit

Schranken der Parteiautonomie in der Schiedsgerichtsbarkeit

Franco Ferrari / Friedrich Rosenfeld

I. Einleitung

Die Schiedsgerichtsbarkeit wird gemeinhin als vertragsrechtliche Schöpfung[1] und damit als Ausdruck privatautonomen Handelns betrachtet.[2] Der Parteiautonomie wird von einigen Autoren so große Bedeutung beigemessen, dass sie als Rückgrat[3] oder gar Fundament der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

---

[1] *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.,* 128 S.Ct. 1396, 1399 (2008); *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.,* 80 S.Ct. 1363, 1364 (1960).

[2] *Gary Born,* Arbitration and the Freedom to Associate, Ga. J. Int'l & Comp. L. 38 (2009) 7–24, 15; *Marc Ginsberg,* The Execution of an Arbitration Provision as a Condition Precedent to Medical Treatment: Legally Enforceable?, Medically Ethical?, Mitchell Hamline L. Rev. 42 (2016) 273–319, 278.

[3] *Stefan Kröll,* Arbitration, in: Elgar Encyclopedia of Comparative Law, hrsg. von Jan Smits (Cheltenham 2012) 88–103, 93.

bezeichnet wird.[4] Dieses liberalistische Denken fußt auf einer Konzeption der Schiedsgerichtsbarkeit als einem Prozess zwischen zwei mündigen, rationalen Akteuren,[5] die durch privatautonome Entscheidung adjudikative Entscheidungsgewalt auf einen privaten Entscheidungsträger übertragen[6] und weitreichende Gestaltungsrechte im Hinblick auf die Modalitäten des Verfahrens genießen.[7] Hinter der Parteiautonomie steht somit die Erwartung an die Parteien, das Verfahren selbstbestimmt nach ihren Interessen auszurichten.[8] Nicht selten wird der Erfolg der Schiedsgerichtsbarkeit auf diesen Aspekt[9] zurückgeführt. Ohne Parteiautonomie, so scheint es, würde die Schiedsgerichtsbarkeit einen Großteil ihrer Attraktivität einbüßen.[10]

---

[4] Vgl. z.B. *Edward Brunet,* The Values of Arbitration, in: International Arbitration Law in America, A Critical Assessment, hrsg. von dems. et al. (New York 2006) 3–28, 3; *Patricia Shaugnessy,* The Swedish Approach Towards Arbitration, in: The Swedish Arbitration Act of 1999: Five Years On, hrsg. von Lars Heuman/Sigvard Jarvin (Huntington 2006) 293–320, 294; *Ole Spiermann,* Applicable Law, in: The Oxford Handbook of International Investment Law, hrsg. von Peter Muchlinksi et al. (Oxford 2008) 89–118, 99. Die These, dass Schiedsverfahren primär auf der Parteiautonomie beruhen, ist z.T. in Frage gestellt worden. Vgl. z.B. *Lawrence A. Cunningham,* Rhetoric versus Reality in Arbitration Jurisprudence: How the Supreme Court Flaunts and Flunks Contracts, L. & Contemp. Probl. 75 (2012) 129–159, 129 ff.

[5] Für eine frühe Referenz zu diesem Kriterium, vgl. *James Lorimer,* The “Three Rules of Washington” viewed in their Relation to International Arbitration, J. Jurispr. 18 (1874) 621–635, 631 (“[a]rbitration consequently is possible only between two parties, both of whom possess rational and, as such, consenting will. A totally unreasonable or unconscientious person may be called into a court of justice, and made a party to a suit, but he cannot be made a party to an arbitration”).

[6] Vgl. *William Park,* Determining an Arbitrator’s Jurisdiction: Timing and Finality in American Law, Nevada L. J. 8 (2008) 135–145, 135. Vgl. *Andrea M. Steingruber,* Consent in Arbitration (Oxford 2012) 1.05; vgl. auch *Elizabeth Shackelford,* Party Autonomy and Regional Harmonization of Rules in International Commercial Arbitration, U. Pitt. L. Rev. 67 (2006) 897–912, 901 (“[t]he fundamental principle that party autonomy underlies arbitration is recognized now by nearly all international arbitration laws, rules, and conventions”).

[7] Vgl. z.B. *Richard Frankel,* Concepcion and Mis-Concepcion: Why Unconscionability Survives the Supreme Court’s Arbitration Jurisprudence, J. Disp. Resol. 2014, 225–253, 228 (“[t]he essence of arbitration, if there is one, is that parties can freely and fairly negotiate to adopt their own terms of dispute resolution”). Vgl. *Brunet,* Values (Fn. 4) 3 (“[t]he parties own the dispute”).

[8] Vgl. *Valentina Vadi,* Analogies in International Investment Law and Arbitration (Cambridge 2016) 183.

[9] *Mia Louise Livingstone,* Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Popular Fallacy or Proven Fact?, J. Int’l Arb. 25 (2008) 529–535, 529.

[10] Vgl. *Julian Lew et al.*, Comparative International Commercial Arbitration (Aalphen an den Rijn 2003) V (“party autonomy is a major reason why arbitration has achieved world-wide acceptance“).

Eine genauere Betrachtung zeigt indes ein anderes Bild. Weder sind die an Schiedsverfahren potentiell beteiligten Akteure durchweg mündige Personen,[11] noch tangieren Schiedsverfahren allein die Konfliktparteien. Schiedsverfahren erzeugen vielmehr ein Beziehungsgeflecht aus den Konfliktparteien, Schiedsrichtern, Schiedsinstitutionen und der Öffentlichkeit als solcher. Während sich die Interessen dieser verschiedenen Akteure[12] teils überschneiden, divergieren sie in anderen Fällen und erzeugen so Spannungen, die Grenzen der Parteiautonomie bedingen.

Der vorliegende Beitrag entwickelt eine Taxonomie dieser Schranken der Parteiautonomie. Die Darstellung orientiert sich dabei an den divergierenden Interessen der durch ein Schiedsverfahren betroffenen Akteure. Es wird aufgezeigt, dass Grenzen der Parteiautonomie im Interesse der Parteien selbst (unten II.), der Allgemeinheit (unten III.), der Schiedsrichter (unten IV.) und im Interesse von Schiedsinstitutionen (unten V.) bestehen können, wobei sich die Belange dieser Akteure durchaus auch überschneiden können. Die Autoren intendieren mit ihrer Darstellung weder eine Abkehr von der liberalistischen Tradition, noch wollen sie die Vorzüge der Parteiautonomie, die der Jubilar in verschiedenen Beiträgen so vorzüglich hervorgehoben hat, diskreditieren. Im Gegenteil ist nach Auffassung der Autoren ein klares Verständnis der der Parteiautonomie gesetzten Grenzen erforderlich, um die Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem Kern vor Legitimitätskrisen zu bewahren und ihre zentrale Rolle in der Beilegung von Handelsstreitigkeiten zu stärken (unten VI.).

II. Grenzen der Parteiautonomie im Interesse der Parteien

Die Vorstellung, dass es Grenzen der Parteiautonomie im Interesse der Parteien selbst gibt, mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen. Doch liegt hierin keine Abkehr vom Leitbild des Liberalismus. Vielmehr hat es mit Grenzen der Parteiautonomie im Interesse der Parteien folgende Bewandtnis: Parteien mangelt es zuweilen an dem erforderlichen Grad an Rationalität, Weitsicht, Freiwilligkeit, Informiertheit und Kompetenz, um die Tragweite ihrer Entscheidungen absehen und die eigenen Interessen hinreichend wahren

---

[11] *Friedrich Rosenfeld,* Limits to Party Autonomy to Protect Weaker Parties in International Arbitration, in: Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration, hrsg. von Franco Ferrari (Huntington 2016) 419–440, 419 ff.

[12] Für eine andere Aufzählung der relevanten Akteure, vgl. *Christopher S. Gibson,* Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Public Policy and the Public Policy Defense of Foreign Mandatory Public Law, Penn St. L. Rev. 113 (2009) 1227–1267, 1265 (“the parties to a specific arbitration, members of the arbitration community generally, and [...] the State”).

zu können.[13] Gewisse Parteien müssen daher geschützt werden. Rechtssysteme bieten diesen Schutz mit Hilfe von *ex ante-* und *ex post*-Kontrollmechanismen.

1. Ex ante-Kontrollmechanismen

Die *ex ante*-Kontrollmechanismen kommen bis zu jenem Zeitpunkt zum Tragen, in dem ein Schiedsgericht eine Entscheidung über die eigene Zuständigkeit getroffen hat. In dieser Phase vor Erlass des Schiedsspruchs können staatliche Gerichte verpflichtet sein, über die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen zu entscheiden, entweder in einem separaten Verfahren über die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit[14] oder inzident im Rahmen einer eigenen Zuständigkeitsprüfung für das Verfahren.[15]

In beiden Szenarien verpflichtet Artikel II der New-York-Konvention staatliche Gerichte dazu, eine schriftliche Vereinbarung anzuerkennen, „durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann.“[16] Die Kehrseite dieser positiven Verpflichtung zur Anerkennung von Schiedsvereinbarungen zeigt die Grenzen der Parteiautonomie auf. Fünf Aspekte verdienen insoweit genauere Betrachtung:

Erstens dürfen Parteien nicht unfähig zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung gewesen sein.[17] Anders ausgedrückt, müssen die Parteien somit die Geschäftsfähigkeit zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung gehabt haben.

---

[13] *Joseph Raz,* The Morality of Freedom (Oxford 2003) 372 ff. (“If a person is to be maker or author of his own life then he must have the mental abilities to form intentions of a sufficiently complex kind, and plan their execution. These include minimum rationality, the ability to comprehend the means required to realize his goals, the mental faculties necessary to plan actions, etc. For a person to enjoy an autonomous life he must actually use these faculties to choose what life to have. There must in other words be adequate options available for him to choose from. Finally, his choice must be free from coercion and manipulation by others, he must be independent. All three conditions, mental abilities, adequacy of options, and independence admit of degree.”)

[14] Vgl. z.B. Section 4 Federal Arbitration Act. Vgl. auch § 1032 ZPO.

[15] *Stefan Kröll,* Party Autonomy in Relation to Competence-Competence, in: Ferrari, Limits to Party Autonomy (Fn. 11) 165–198, 167 ff.

[16] Artikel II(1) New-York-Konvention.

[17] Gemäß Artikel V(1)(a) New-York-Konvention kann einem Schiedsspruch die Anerkennung versagt werden, wenn die Parteien „nach dem Recht, das für sie maßgebend ist, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig waren“. Artikel II New-York-Konvention muss im Einklang hiermit ausgelegt werden; vgl. *Gary Born,* International Commercial Arbitration (Aalphen an den Rijn 2014) 724; vgl. auch Artikel VI(2) Europäische Konvention über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit.

Dies spiegelt eine Anforderung des allgemeinen Vertragsrechts wider. Geschäftsunfähige können daher keine wirksame Schiedsvereinbarung abschließen.[18] Die Parteien können über diese Einschränkung ihrer Autonomie nicht frei disponieren. Sie können diesbezüglich insbesondere auch keine Rechtswahl treffen, weil die Frage der Geschäftsfähigkeit einer Partei nicht dem im Vertrag gewählten Recht unterliegt, sondern dem Recht jeder Partei selbst,[19] mit der Folge, dass eine Rechtswahl – in der Regel – unzulässig ist.

Zweitens verlangt Artikel II der New-York-Konvention den Konsens der Parteien, ein Schiedsverfahren durchzuführen. Erforderlich ist mithin eine übereinstimmende Willensäußerung, die wie jede andere Vereinbarung bestimmten rechtlichen Anforderungen genügen muss. Auch insoweit kommen die vertragsrechtlichen Schutzmechanismen zum Tragen, die Parteien vor einer Bindung an Vereinbarungen schützen, die unfreiwillig[20] oder unter Willensmängeln (wie Zwang, Betrug, Irrtum) eingegangen oder gar sittenwidrig sind. Eine Schiedsvereinbarung unterscheidet sich insoweit nicht sehr von anderen Verträgen.[21]

Die Reichweite dieser vertraglichen Schutzmechanismen bestimmt sich nach dem für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung maßgeblichen Recht. Für das Stadium der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs enthält Artikel V(1)(a) New-York-Konvention insoweit eine Kollisionsregel dahingehend, dass mangels einer Rechtswahl der Parteien das Recht des Schiedsortes anzuwenden ist. Für die Phase vor Erlass eines Schiedsspruchs erweist sich die Bestimmung des anwendbaren Rechts jedoch als weitaus schwieriger; in verschiedenen Jurisdiktionen werden insoweit unterschied-

---

[18] Vgl. *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 727.

[19] *Giuditta Cordero Moss,* Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration, Oslo L. Rev. 1 (2015) 47–66, 51; vgl. auch *Franco Ferrari/Linda Silberman,* Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting It Wrong, in: Conflict of Laws in International Commercial Arbitration, hrsg. von Franco Ferrari/Stefan Kröll (München 2011) 257–324, 264 n. 34; für eine detaillierte Analyse, vgl. *Giuditta Cordero Moss,* Legal Capacity, Arbitration and Private International Law, in: Liber Amicorum Kurt Siehr (Zürich 2010) 619–633, 619 ff.

[20] *Alan Wertheimer,* Coercion (Princeton 1987) 4 ("Our moral and legal responses to individual behavior are typically based on [...] the voluntariness principle. The general assumption is that promises are binding if, and only if the relevant actions are voluntary"). Vgl. auch *Robert E. Scott/William J. Stuntz,* Plea Bargaining as Contract, Yale L.J. 101 (1992) 1909–1968, 1919 ("[F]acilitating the exercise of voluntary choice is the central normative justification for contractual enforcement").

[21] Vgl. *Stephen J. Ware,* Employment Arbitration and Voluntary Consent, Hofstra L.J. 25 (1996) 83–160, 112 ("the problem of determining consent in arbitration law is merely an application of that problem in contract law"); ähnlich *Stephen J. Ware,* Arbitration and Unconscionability after Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, Wake Forest L. Rev. 31 (1996) 1001–1035, 1006; für eine kritischere Position, vgl. *Cunningham,* L. & Contemp. Probl. 75 (2012) 129, 129 ff.

liche Auffassungen vertreten, die im vorliegenden Beitrag nicht weiter vertieft werden sollen.[22]

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist nicht nur von akademischer Bedeutung. Grund ist, dass verschiedene Rechtsordnungen Parteien in unterschiedlichem Maße vor Unfreiwilligkeit schützen. So bestehen z.B. durchaus große Unterschiede zwischen der *doctrine of unconscionability* im US-amerikanischen Recht – einem Instrument,[23] das zunehmend auch zur Kontrolle von Schiedsvereinbarungen an Bedeutung gewinnt[24] – und der AGB-Kontrolle im deutschen Recht. Diese Unterschiede können Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung[25] und damit auf die Parteiautonomie haben.

Um nur einige Beispiele zu nennen:[26] Trotz der jüngst zu verzeichnenden Tendenz des U.S. Supreme Court, die Rolle der *doctrine of unconscionability* als Instrument zur Kontrolle von Schiedsvereinbarungen durch eine erweiterte Anwendung des Federal Arbitration Act zurückzudrängen,[27] haben einige amerikanische Gerichte einseitige Schiedsvereinbarungen,[28] Schiedsverein-

---

[22] Vgl. jedoch Art. 178 Abs. 2 Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht („Die Schiedsvereinbarung ist im Übrigen gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entspricht.“).

[23] *Thomas J. Stipanowich,* The Third Arbitration Trilogy: Stolt-Nielsen, Rent-A-Center, Concepcion and the Future of American Arbitration, Am. Rev. Int’l Arb. 22 (2011) 323–434, 352 n. 174 (“[i]t has been estimated that around 40% of unconscionability defenses to arbitration agreements have met with success in recent years”); vgl. auch *Karen Halverson Cross,* Letting the Arbitrator Decide Unconscionability Challenges, Ohio St. J. Disp. Res. 26 (2011) 1–78, 10 n. 30.

[24] Vgl. z.B. *Susan Randall,* Judicial Attitudes Towards Arbitration and the Resurgence of Unconscionability, Buffalo L. Rev. 52 (2004) 185–223, 185 ff.

[25] Vgl. z.B. *Tilman Niedermaier,* Arbitration Agreements between Parties of Unequal Bargaining Power – Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic’, ZDAR 1 (2014) 12–21, 16 ff.

[26] Für weitere Beispiele, vgl. z.B. *Jeffrey W. Stempel,* Arbitration, Unconscionability and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism, Ohio St. J. Disp Res. 19 (2004) 757–860, 803 ff.

[27] *Thomas Stipanowich,* Revelation and Reaction: The Struggle to Shape American Arbitration, in: Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, hrsg. von Arthur Rovine (Leiden 2011) 97–153, 139.

[28] Vgl. *Tillman v. Commercial Credit Loans, Inc.,* 655 S.E.2d 362, 372–373 (N.C. 2008); *Nagrampa v. Mailcoups, Inc.,* 469 F.3d 1257, 1285–1286 (9th Cir. 2006); vgl. aber auch *Hannon v. Original Gunite Aquatech Pools, Inc.,* 434 N.E.2d 611, 618 (Mass. 1982). – Für wissenschaftliche Beiträge, vgl. *Laurent A. Niddam,* Unilateral Arbitration Clauses in Commercial Arbitration, Arb. Disp. Resol. L.J. 1996, 147–158; *Hans Smit,* The Unilateral Arbitration Clause – A Comparative Analysis, Am. Rev. Int’l Arb. 20 (2009) 391–419; *Bastiaan van Zelst,* Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assess-

barungen mit überhöhten Gebühren oder Gebührenverschiebungen sowie Schiedsvereinbarungen, die das Recht zur Geltendmachung von Schadensersatz einschränken,[29] als unwirksam betrachtet.

Das auf die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung anwendbare Recht bestimmt somit die Reichweite der Parteiautonomie im Hinblick auf die Delegation adjudikativer Entscheidungsgewalt durch eine Schiedsvereinbarung. Je liberaler das jeweilige Vertragsrecht ist, desto geringere Grenzen sind der Einigungsfreiheit der Parteien gesetzt. Durch eine wirksame Rechtswahl können die Parteien in gewissem Maße Einfluss auf den Grad der Parteiautonomie nehmen. Allerdings ist auch diese Freiheit nicht grenzenlos. Da sämtliche Vertragsgesetze Schutz vor Unfreiwilligkeit bieten, wird die Parteiautonomie immer nur im Rahmen gewisser Schranken gewährt. Man mag dies auch positiv wenden und als eine Gewähr dafür verstehen, dass Schiedsvereinbarungen nicht ohne Willensmängel zustande kommen.

Drittens muss die Schiedsvereinbarung die geltenden Formerfordernisse erfüllen.[30] Formerfordernisse setzen der Parteiautonomie insoweit Grenzen, als eine Vereinbarung ungültig sein kann, wenn die geltenden Erfordernisse nicht erfüllt sind. Formerfordernisse finden sich sowohl in der New-York-Konvention, als auch in nationalen Schiedsverfahrensrechten. So regelt Artikel II(1) der New-York-Konvention, dass Schiedsvereinbarungen „schriftlich" abgefasst sein müssen; Artikel II(2) konkretisiert dieses Erfordernis. Dieses Schriftformerfordernis kann eine Warnfunktion[31] für die Parteien haben.[32]

---

ment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context, J. Int'l Arb. 33 (2016) 365–378.

[29] Vgl. *Larry's United Super, Inc. v. Werries,* 253 F.3d 1083 (8th Cir. 2001); *Stirlen v. Supercuts, Inc.,* 60 Cal. Rptr. 2d 138, 150–152 (Cal. Ct. App. 1997); vgl. aber *Farrell v. Convergent Communications, Inc.,* No. C98-2613 MJJ, 1998 U.S. Dist. LEXIS 17314, 14 (N.D. Cal. Oct. 29, 1998).

[30] Vgl. *Neil Kaplan,* Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?, Arb. Int'l 12 (1996) 27–45, 27 ff.; *Toby Landau,* The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When "Written" means "Oral", in: International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, hrsg. von Albert Jan van den Berg (Den Haag 2003) 19–81, 19 ff.; *Giuditta Cordero Moss,* Form of Arbitration Agreements – Current Developments with UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. 18 (2007) 51–63, 51 ff.; *Francesco G. Mazzotta,* The Written Form Requirement of an Arbitration Agreement in Light of New Means of Communication, in: FS Albert H. Kritzer (London 2008) 326–346, 326 ff.; *Jing Wang,* International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements, Pac. Rim. L & Pol'y J. 10 (2001) 375–381, 375 ff.

[31] Vgl. *Lew et al.,* Comparative International Commercial Arbitration (Fn. 10) 131; zur Warnfunktion, vgl. auch *Rainer Hausmann,* in: Internationales Vertragsrecht[8], hrsg. von Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Köln 2015) Rn. 8.291; die Warnfunktion wird teilweise als ein Anachronismus betrachtet ("the traditional view on the function of form requirements has failed to keep pace with the continuous relaxation of form requirements

Die Schiedsverfahrensrechte verschiedener Staaten stellen jedoch geringere Anforderungen an die Schriftform von Schiedsvereinbarungen. Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis der Schriftformerfordernisse gemäß der New-York-Konvention und unter nationalstaatlichen Schiedsverfahrensrechten auf.[33]

Nach einer Empfehlung von UNCITRAL aus dem Jahre 2006 ist diese Frage unter Rückgriff auf die Meistbegünstigungsklausel in Artikel VII(1) der New-York-Konvention zu beantworten. Hiernach soll es den beteiligten Parteien offenstehen, sich nicht nur im Hinblick auf die in Artikel VII(1) New-York-Konvention erwähnten Schiedssprüche, sondern auch im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen und die anwendbaren Formvorschriften auf günstigere Regeln ihres innerstaatlichen Rechts zu berufen.[34] UNCITRAL hat weiter empfohlen, die Definition des Begriffes „schriftliche Vereinbarung" in Artikel II(2) New-York-Konvention als nicht abschließend zu interpretieren. UNCITRAL bekennt sich damit zu einer Liberalisierung von Formerfordernissen[35] und bringt zum Ausdruck, dass das Formerfordernis gemäß Artikel II New-York-Konvention nicht als Mindesterfordernis zu interpretieren ist.[36]

---

in modern arbitration laws"), vgl. *Franz T. Schwarz et al.,* The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria (Aalphen an den Rijn 2009) 22; kritisch auch *Reinmar Wolff,* in: The New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary, hrsg. von dems. (München 2012) Artikel II Rn. 81 ff.

[32] Vgl. auch Schweizerisches BGer. 7.2.1984, Y.B. Comm. Arb. XI (1986) 532 ("the requirement of writing prescribed in Article II of the Convention has the effect of protecting the parties concerned from entering into ill-thought-out commitments involving the renunciation of the right of access to normal courts and judges").

[33] Für weitere Nachweise vgl. *Wolff,* The New York Convention (Fn. 31) Artikel II Rn. 76.

[34] Vgl. Recommendation regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done in New York, 10 June 1958, Adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 7 July 2006 at its Thirty-Ninth Session.

[35] *Jack Graves,* ICA and the Writing Requirement: Following Modern Trends Towards Liberalization or Are We Stuck in 1958?, Belgrade L. Rev. 3 (2009) 36–44, 36 ff.

[36] *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 673; *Domenico Di Pietro,* Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference, in: Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, hrsg. von dems./Emanuel Gaillard (London 2008) 355–380, 371 ff.; *ders./Martin Platte,* Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958 (London 2001) 81 Fn. 37; *Stacy I. Strong,* What Constitutes An "Agreement in Writing" in International Commercial Arbitration?, Conflicts Between the New York Convention and the Federal Arbitration Act, Stan. J. Int'l L. 48 (2012) 47–91, 76; vgl. OLG München 23.11.2009 – 34 Sch 13/09, SchiedsVZ 2010, 50. A.A.: *Albert Jan van den Berg,* The New York Convention: Its Intended Effects, Its Interpretation, Salient Problem Areas, in: The New York Convention of 1958, hrsg. von Marc Blessing (Aalphen an den Rijn 1996) 25–45, 44 ("The uniform rule has as consequence that Article II (2) is a maximum and a minimum rule. A court may not impose more strin-

Formerfordernisse, die über die Formvorgaben der New-York-Konvention hinausgehen, sind demgegenüber anders zu bewerten. Diese strengeren Formerfordernisse sind im Anwendungsbereich der New-York-Konvention nicht zulässig, da die New-York-Konvention eine Höchstgrenze für die zulässigen Formerfordernisse statuiert. Nun gibt es durchaus Schiedsgesetze, die strengere Formerfordernisse für Personen mit Informationsdefiziten oder für institutionell benachteiligte Gruppen statuieren.[37] In verschiedenen Rechtssystemen unterliegen Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern zum Beispiel strengeren (nicht dispositiven) Formerfordernissen. Nach einigen Rechtsordnungen kann dies eine prominentere Platzierung der Schiedsvereinbarung in einer gesonderten Vereinbarung erfordern.[38] Derartige Formerfordernisse mögen in einem lokalen Aufhebungsverfahren zu berücksichtigen sein. Im Anwendungsbereich der New-York-Konvention sind sie indes unzulässig, da Artikel II als „Höchstregel“[39] strengere Formvorgaben nach nationalem Recht nicht zulässt.[40]

Viertens muss der Streit schiedsfähig sein, d.h. der Staat darf sich nicht ein Rechtsprechungsmonopol im Interesse der Allgemeinheit vorbehalten haben.[41] Insoweit ist zu bemerken, dass viele Beschränkungen der Schiedsfähigkeit im Interesse der Allgemeinheit vorgenommen werden.[42] Im Einzelfall steht jedoch der Schutz einzelner Personen im Vordergrund. In Rechtsverhältnissen, in denen typischerweise ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht – wie z.B. in Arbeitsverhältnissen[43] oder Mietverhältnissen über Wohnraum[44] –

---

gent requirements on the form of the arbitration agreement. Neither may a court go below the minimum"); vgl. auch *Wolff,* The New York Convention (Fn. 31) Artikel II Rn. 76; für ablehnende Rechtsprechung vgl. OLG Schleswig 30.3.2000, Y.B. Comm. Arb. XXXI (2006) 652, 656; OLG Basel 5.7.1994, Y.B. Comm. Arb. XXI (1996) 685, 688.

[37] Vgl. zu Informationsasymmetrien auch *George A. Akerlof,* The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Q.J. Econ. 84 (1970) 488–500, 488 ff.

[38] Vgl. § 1031 Abs. 5 ZPO.

[39] *Wolff,* The New York Convention (Fn. 31) Artikel II Rn. 76.

[40] Vgl. *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 669 ("Article II(2)'s maximum form requirement supersedes national law rules of Contracting States requiring that international arbitration agreements satisfy particular form requirements. Examples of such form requirements are Germany's requirement that arbitration agreements in consumer transactions be in a separate, signed instrument, some U.S. states' requirements that arbitration agreements be in large typeface or capital letters, Greece's arguable requirement that arbitration agreements be separately approved by corporate boards, or some countries' requirements that particular agreements be hand-written, notarized, or signed by two corporate officers.")

[41] Vgl. z.B. *Loukas Mistelis/Stavros Brekoulakis,* Arbitrability: International and Comparative Perspectives (Aalphen an den Rijn 2009); *Lew et al.,* Comparative International Commercial Arbitration (Fn. 10) 187 ff.

[42] Siehe unten III.

[43] Vgl. Art. 10(3)(2)(3) Federal Law no 409-FZ vom 29.12.2015 "On Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation and Repealing Article 6(1)(3) of the

sind sich daraus ergebende Ansprüche daher in einigen Rechtsordnungen nicht schiedsfähig. Ein weiteres Beispiel für eine Einschränkung der Schiedsfähigkeit im Interesse einzelner Personen bietet das italienische Recht,[45] indem Ausgleichsansprüche von Handelsvertretern auf Grundlage des in Umsetzung der Handelsvertreterrichtlinie ergangenen Rechts nicht schiedsfähig sind.[46] Diese Einschränkung der Parteiautonomie[47] spiegelt das nicht unumstrittene[48] Verständnis italienischer Gerichte wider, wonach Ansprüche nicht schiedsfähig sind, wenn sie auf zwingenden Normen beruhen. Neben diesen Beispielen gibt es selbstverständlich weitere Fälle, in denen durch das Institut der Schiedsfähigkeit der Parteiautonomie auch im Interesse der Parteien Grenzen gesetzt sind.[49]

Schließlich sind Gerichte gemäß Artikel II(3) New-York-Konvention nicht zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen verpflichtet, wenn eine Schiedsvereinbarung hinfällig („inoperative“), unwirksam („null and void“) oder nicht erfüllbar („incapable of being performed“) ist. Zwar wird insoweit teilweise die Auffassung vertreten, dass das Kriterium der „Unwirksamkeit“ keine weiteren Anforderungen an eine Schiedsvereinbarung stelle, die über das allgemeine Erfordernis einer gültigen Einigung gemäß Artikel II(1) New-York-Konvention hinausgehe.[50] Jedoch besteht Einigkeit dahingehend, dass mit den Kriterien der „Hinfälligkeit“ und der „mangelnden Erfüllbarkeit“ von Schiedsvereinbarungen weitere Ausnahmen von der Pflicht zur Durchsetzung

---

Federal Law on Self-Regulatory Organisations in connection with the adoption of the Federal Law on Arbitration in the Russian Federation”, in Kraft seit 1.9.2016; Art. 614 Abs. 3 griechisches Zivilprozessgesetzbuch, in Kraft seit 1.12.2016; Art. 5 Abs. 7 lettisches Gesetz über Schiedsgerichtsbarkeit vom 11.9.2014, in Kraft seit 1.1.2015; Art. 12 Abs. 2 lit. a Gesetz der Vereinigten Arabischen Emirate über Schiedsgerichtsbarkeit vom 1.9.2008, in Kraft seit 15.12.2013; Art. 12 Abs. 2 Gesetz über Handelsschiedgerichtsbarkeit der Republik Litauen vom 2.4.1996, in Kraft seit 30.6.2012; § 101 Arbeitsgerichtsgesetz.

[44] § 1030 Abs. 2 ZPO.

[45] Vgl. italienischer Kassationshof, Cass. 30.6.1999, no. 369, Riv. dir. int. priv. proc. 2000, 741; für jüngere Entscheidungen, vgl. Cass. 27.12.2016, no. 27072 (*obiter dictum*) (unveröff.); Zivilgericht Genua 7.8.2006, Riv. dir. int. priv. proc. 2006, 1089, und Zivilgericht Modena 11.3.2009, jeweils in der Pluris-Datenbank abrufbar.

[46] Nach der in der vorstehenden Fußnote zitierten Rechtsprechung hat die Qualifizierung des Ausgleichsanspruches als zwingendes Recht zur Folge, dass die Parteien hierüber nicht disponieren können und daher die Schiedsfähigkeit zu verneinen ist.

[47] Vgl. *Francesca Ragno,* Inarbitrability: A Ghost Hovering Over Europe?, in: Ferrari, Limits to Party Autonomy (Fn. 11) 127–164, 132 ff.

[48] *Ragno,* Inarbitrability (Fn. 47) 135.

[49] Vgl. *Rosenfeld,* Limits to Party Autonomy (Fn. 11) 423 ff.

[50] Vgl. z.B. *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 841 (“The better view is that Article II(3)’s ‘null and void’ formula is expansive and encompasses all claims that an agreement is not valid and binding, including claims that an agreement was not validly concluded by reason of defects in the validity of consent”).

von Schiedsvereinbarungen statuiert werden; auch insoweit werden der Parteiautonomie Schranken gesetzt. Einige Gerichte haben z.B. entschieden, dass die finanzielle Mittellosigkeit[51] einer Partei eine Schiedsvereinbarung hinfällig bzw. unerfüllbar machen kann. Die parteiautonome Entscheidung zur Durchführung eines Schiedsverfahrens wird mithin nicht durchgesetzt, um das Recht der finanziell mittellosen Partei auf Rechtsschutz zu wahren.[52] Allerdings ist diese Auffassung nicht unumstritten.[53] So haben Gerichte teilweise entschieden, dass die mangelnde Fähigkeit einer Partei, ein Schiedsverfahren durchzuführen, nicht der objektiven Undurchführbarkeit einer Schiedsvereinbarung gleichzusetzen sei.[54] Diese unterschiedliche Judikatur zeigt, dass die Grenzen der Parteiautonomie relativ sind und je nach Rechtssystem variieren können. Vergleichbares gilt auch in Hinblick auf andere Fallgruppen der Hinfälligkeit bzw. mangelnden Erfüllbarkeit von Schiedsvereinbarungen. Einige Gerichte haben Schiedsvereinbarungen z.B. dann als nicht erfüllbar betrachtet, wenn diese nicht hinreichend klar waren oder auf eine nichtexistierende Schiedsinstitution verwiesen haben.[55] Nach diesem Verständnis wird die Parteiautonomie somit nur insoweit respektiert, als sich der Wille der Parteien hinreichend klar und präzise in der Schiedsvereinbarung manifestiert. Andere Gerichte haben demgegenüber einen schiedsfreundlichen Ansatz verfolgt und Schiedsvereinbarungen selbst dann durchgesetzt, wenn eine nichtexistierende Schiedsinstitution gewählt wurde.[56] Diese Gerichte haben sich dabei insbesondere von der Erwägung leiten lassen, dass der mangelhafte Teil der Schiedsvereinbarung lediglich die designierte

---

[51] Vgl. *Detlev Kühner,* The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany, J. Int'l Arb. 31 (2014) 807–818, 807 ff.; *Gerhard Wagner,* Impecunious Parties and Arbitration Agreements, SchiedsVZ 2003, 206–218, 206 ff.

[52] Vgl. *Georg von Segesser/Mirina Grosz,* Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds?, Revisiting Legal Aid in International Arbitration, abrufbar unter <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/?print=pdf>.

[53] Vgl. *Paczy v Haendler and Natermann GmbH* [1981] 1 Lloyds Reports 302 ("[t]he incapacity of one party to [an arbitration] does not […] render the agreement one which is incapable of performance"). Vgl. auch *Trunk Flooring Ltd. v. HSBC Asset Finance (UK) Ltd. and Costa Rica SRL* [2015] NIQB 23, WEA 9496, 8.1.2015 (mit Zustimmung zur Entscheidung *Paczy v Haendler and Natermann GmbH*). Vgl. auch Paris Cour d'Appel 26.2.2013, no. 12/12953.

[54] *Paczy v Haendler and Natermann GmbH* [1981] 1 Lloyds Reports 302.

[55] *Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd v M/African Trader,* High Court of Guarat, India, 7.2.2005, Civil Application No. 23 of 2005; Schweizerisches BGer. 25.10.2010, 4A279/2010; *ZAO UralEnergoGaz v OOO ABB Electroengineering,* Ninth Arbitrazh Court of Appeal, Russland, 24.6.2009, No. A40-27854/09-61-247.

[56] *Lucky Goldstar International Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited,* High Court of Hong Kong 5.5.1993, Y.B. Comm. Arb. XX (1995) 280. Vgl. auch KG Berlin 15.10.1999 – 27 Sch 17/99.

Schiedsinstitution betraf, nicht hingegen die grundsätzliche Übereinkunft der Parteien, einen Konflikt vor einem Schiedsgericht auszutragen.[57] Kurzum finden sich somit unterschiedliche Auffassungen dazu, wie sich partielle Fehler auf das Gesamtgeschäft, d.h. die Schiedsvereinbarung in ihrer Gesamtheit, auswirken.

Die oben genannten *ex ante*-Kontrollmechanismen kommen in den verschiedenen Rechtssystemen auf unterschiedliche Art und Weise zum Tragen. Dies liegt an dem unterschiedlichen Verständnis des Grundsatzes der Kompetenz-Kompetenz.[58] Bei der Kompetenz-Kompetenz handelt es sich um ein Institut zur Allokation von Entscheidungsbefugnissen über die Zuständigkeit zwischen staatlichen Gerichten (denen die adjudikative Entscheidungsgewalt entzogen wird) und Schiedsgerichten (denen adjudikative Entscheidungsgewalt übertragen wird). Einige Rechtsordnungen erkennen allein eine sogenannte „positive" Dimension der Kompetenz-Kompetenz an.[59] In diesen Rechtsordnungen sind Schiedsgerichte lediglich befugt, über ihre eigene Zuständigkeit zu entscheiden. Diese Entscheidung über die eigene Zuständigkeit kann grundsätzlich unabhängig von staatlichen Gerichten erfolgen,[60] schließt eine parallele Prüfung durch ein staatliches Gericht jedoch nicht aus. Andere Rechtssysteme verfolgen demgegenüber einen unterschiedlichen Ansatz und erkennen auch eine „negative" Dimension der Kompetenz-Kompetenz an. Spiegelbildlich zur Begründung der Entscheidungsbefugnis von Schiedsgerichten über die eigene Zuständigkeit wird die Entscheidungsbefugnis von staatlichen Gerichten in der Phase vor Erlass der schiedsrichterlichen Zuständigkeitsentscheidung hiernach eingeschränkt.[61]

In Frankreich zum Beispiel ist der Prüfungsmaßstab von staatlichen Gerichten in der Phase vor Erlass der schiedsrichterlichen Zuständigkeitsentscheidung beschränkt. Staatliche Gerichte prüfen hier lediglich, ob eine Schieds-

---

[57] A.A. Tribunale di Padova 11.1.2005, Riv. dir. int. priv. proc. 2005, 791 (unter Bejahung seiner Zuständigkeit angesichts der Nichtexistenz der gewählten Schiedsinstitution).

[58] Vgl., z.B. *John J. Barcelo III,* Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction?, Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective, Vand. J. Transnat'l L. 36 (2003) 1115–1135, 1115 ff.*; Magali Boucaron-Nardetto,* Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage (Aix-en-Provence 2013); *Kröll,* Party Autonomy (Fn. 15) 165 ff.

[59] Vgl. z.B. § 1032 ZPO.

[60] *Barcelo,* Vand. J. Transnat'l L. 36 (2003) 1115, 1124; vgl. auch *John A.E. Pottow et al.,* A Presumptively Better Approach to Arbitrability, Can. Bus. L. J. 53 (2013) 165–201, 183.

[61] Vgl. *Emanuel Gaillard/Yas Banifatemi,* Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators, in: Gaillard/Di Pietro, Enforcement (Fn. 36) 257–273, 257 ff.; *Jack Graves,* Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?, in: International Arbitration and the Courts, hrsg. von Devin Bray/Heather L. Bray (Huntington 2015) 203–232, 204.

vereinbarung nicht offensichtlich nichtig oder unanwendbar ist.[62] Im Übrigen wird den Schiedsgerichten das Prärogativ eingeräumt, die Zuständigkeit umfassend zu prüfen. Diese schiedsrichterliche Entscheidung kann dann *ex post* wiederum durch staatliche Gerichte überprüft werden.[63]

Eine wiederum andere Konzeption der Kompetenz-Kompetenz hat sich in den Vereinigten Staaten herausgebildet. Hier ist anerkannt, dass die Parteien die Entscheidungsbefugnis über die Zuständigkeit umfassend auf Schiedsgerichte übertragen können. Dieser Wille muss anhand von klaren und unmissverständlichen Beweismitteln nachgewiesen werden können.[64] Ist dies der Fall, so nehmen US-Gerichte auch schon vor Erlass der Zuständigkeitsentscheidung durch das Schiedsgericht ihren Anspruch auf Prüfung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zurück.[65]

Zusammenfassend zeigt sich somit, dass die unterschiedlichen Ausprägungen der Kompetenz-Kompetenz darüber entscheiden, welche Instanz(en) über die Einhaltung der Grenzen der Parteiautonomie in der Phase vor Erlass des Schiedsspruchs wacht oder wachen.

2. *Ex post-Kontrollmechanismen*

In der Phase nach Erlass des Schiedsspruchs stellen staatliche Gerichte die Einhaltung der Grenzen der Parteiautonomie in Aufhebungsverfahren oder in Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs sicher. Ihr Überprüfungsumfang ist etwas weiter als in der Phase vor Erlass des Schiedsspruchs; er kann insbesondere auch bestimmte Verfahrensfehler und Einschränkungen der Parteiautonomie im Interesse der Allgemeinheit umfassen. Dies ist unbestritten und ergibt sich unmittelbar aus den anwendbaren

---

[62] Art. 1448 Code of Civil Procedure lautet: "(1) When a dispute subject to an arbitration agreement is brought before a court, such court shall decline jurisdiction, except if an arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable. (2) A Court may not decline jurisdiction on its own motion."

[63] Vgl. *Filip De Ly/Audley Sheppard,* ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration, Arb. Int'l 25 (2009) 3–34, 22 ("the arbitral tribunal should be the first to make a determination as to jurisdiction, and national courts should defer to the tribunal, while retaining a right of review in any setting-aside application"); vgl. auch *George A. Bermann,* Forum Shopping at the "Gateway" to International Commercial Arbitration, in: Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context, hrsg. von Franco Ferrari (München 2013) 69–130, 86 ff.

[64] *Karen Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 537 U.S. 79, 123 S.Ct. 588 (2002) ("The question whether the parties have submitted a particular dispute to arbitration is 'an issue for judicial determination [u]nless the parties clearly and unmistakably provide otherwise' […]"); vgl. auch *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan,* 514 U.S. 938, 943 (1995).

[65] *Ozlem Susler,* The Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: A Transnational Analysis of the Negative Effect of Competence, Mq. J. B. L. 6 (2009) 119–145, 139.

Schiedsgesetzen und internationalen Konventionen, wie etwa der New-York-Konvention. Keine Einigkeit besteht demgegenüber betreffend die Frage, ob Parteien berechtigt sind, über die *ex post*-Kontrollmechanismen zu disponieren. Können Parteien autonom entscheiden, den Umfang der *ex post*-Kontrolle zu reduzieren oder diese gar aufzuheben? Können Parteien umgekehrt den Prüfungsumfang erweitern, damit ihnen noch mehr Schutz geboten wird? Wie im Folgenden aufgezeigt wird, werden diese Fragen in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich beantwortet.

a) Verzicht auf eine Überprüfung des Schiedsspruchs nach Verkündung

Im Hinblick auf die Autonomie bezüglich der Einschränkung der Kontrollmöglichkeiten von Schiedssprüchen bestehen gravierende Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen.[66]

An einem Ende des Spektrums stehen jene Rechtsordnungen, die autonome Beschränkungen des Kontrollumfangs von Schiedssprüchen nach deren Erlass umfänglich respektieren. So ist z.B. im französischen Recht anerkannt, dass Parteien zu jedem Zeitpunkt einen ausdrücklichen und vollständigen Verzicht auf das Recht zur Durchführung eines Aufhebungsverfahrens erklären können.[67] Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Parteien nach französischem Recht berechtigt sind, auf die in ihrem eigenen Interesse bestehenden Schutzmechanismen zu verzichten. Ähnliche Ansätze finden sich in den Rechtsordnungen von Ländern wie Belgien, Peru, Russland, Schweden, der Schweiz und Tunesien. Freilich ist insoweit zutreffend bemerkt worden, dass die konkreten Bedingungen, unter denen ein Verzicht auf das Recht zur Einleitung eines Aufhebungsverfahrens erklärt werden kann, ebenso wie dessen Auswirkungen unterschiedlich ausgestaltet sein können.[68]

Am anderen Ende des Spektrums finden sich Rechtsordnungen, die die Möglichkeit eines vollständigen Verzichts auf die Durchführung eines Aufhebungsverfahren verneinen.[69] Eine solche Auffassung ist z.B. vom Obersten

---

[66] Vgl. *Maxi Scherer,* The Fate of Parties' Agreements on Judicial Review of Awards: A Comparative and Normative Analysis of Party-Autonomy at the Post-Award Stage, Arb. Int'l 32 (2016) 437–457, 437 ff.; *dies./Linda Silberman,* Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage, in: Ferrari, Limits to Party Autonomy (Fn. 11) 441–492, 443 ff.

[67] Article 1522 Code civil ("By way of a specific agreement the parties may, at any time, expressly waive their right to bring an action to set aside"). Partielle Verzichtserklärungen sind nach französischem Recht unwirksam. Vgl. *Scherer/Silbermann,* Limits to Party Autonomy (Fn. 66) 449, mit Verweis auf *Emanuel Gaillard/Pierre de Lapasse,* Commentaire Analytique du Décret du 13 Janvier 2011 Portant Réforme du Droit français de l'Arbitrage, Paris J. Int'l Arb. 2011, 263.

[68] *Scherer,* Arb. Int'l 32 (2016) 437, 440.

[69] Vgl. *Scherer/Silberman,* Limits to Party Autonomy (Fn. 66) 448.

Gericht in Indien vertreten worden.[70] Auch in Ländern wie Brasilien, Ägypten, Deutschland, Panama oder den Vereinigten Arabischen Emiraten kann auf das Recht zur Durchführung von Aufhebungsverfahren nicht *ex ante* verzichtet werden.[71] Dies ist Ausdruck einer in der Tendenz paternalistischen Haltung, der zufolge die Parteien nicht über den in ihrem Interesse bestehenden Schutz disponieren können.

Zwischen diesen beiden Extrempositionen gibt es auch vermittelnde Ansätze.[72] So können Parteien in einigen Rechtsordnungen nur auf die in Artikel 34(2)(a) des UNCITRAL-Modellgesetzes enthaltenen Gründe verzichten, nicht jedoch auf die in Artikel 34(2)(b) des UNCITRAL-Modellgesetzes enthaltenen Gründe, welche (auch) den Schutz der Allgemeinheit bezwecken.[73] In anderen Rechtsordnungen können nur solche Parteien einen Verzicht erklären, die keinen näheren Bezug zum Schiedsort haben.[74] Gemäß einem weiteren Ansatz kann ein Verzicht nur im Nachhinein, d.h. nach Erlass eines Schiedsspruchs, erklärt werden.[75]

Im Ergebnis ist somit zu konstatieren, dass parteiautonome Entscheidungen, die darauf abzielen, die Überprüfung von Schiedssprüchen zu beschränken, in verschiedenen Rechtsordnungen ein unterschiedliches Schicksal erleiden können.

---

[70] *Shin Satellite Public Co. Ltd. v. Jain Studios Ltd,* Supreme Court of India, 31.1.2006, [2006] 2 SCC 628.

[71] *Scherer,* Arb. Int'l 32 (2016) 437, 442.

[72] Für eine detaillierte Darstellung, vgl. *Scherer/Silberman,* Limits to Party Autonomy (Fn. 66) 446 ff.

[73] *Noble China Inc. v. Lei Kat Cheong,* Ontario Court of Justice, 13.11.1998, [1998] CanLII 147908 (ON SC), in (1998) 42 O.R. (3d) 69; *Methanex Motunui Ltd. v. Spellman,* Court of Appeal, Wellington, New Zealand, 17.6.2004, [2004] 3 NZLR 454.

[74] Oberstes Gericht von Tunesien, 18.1.2007, Case No. 4674, zitiert in: UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial *Arbitration* (United Nations 2012) 135. Vgl. auch Art. 192 Abs. 1 Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht ("Hat keine der Parteien Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz, so können sie durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren schriftlichen Übereinkunft die Anfechtung der Schiedsentscheide vollständig ausschliessen; sie können auch nur einzelne Anfechtungsgründe gemäss Artikel 190 Absatz 2 ausschliessen").

[75] Dieser Ansatz wird in Deutschland teilweise vertreten. Vgl. *Joachim Münch,* in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung[3] (München 2017) § 1059 ZPO Rn. 54; *Wolfgang Voit,* in: Musielak, Zivilprozessordnung[17] (München 2017) § 1059 ZPO Rn. 39. Vgl. aber OLG Frankfurt 21.12.1983 – 21 U 2/83, NJW 1984, 2768 (unter Anerkennung von im Voraus abgegebenen Verzichtserklärungen).

b) Ausweitung des Überprüfungsumfangs eines Schiedsspruchs nach dessen Verkündung

Hinsichtlich der Autonomie zur Ausweitung der Kontrollmöglichkeiten von Schiedssprüchen nach deren Erlass lassen sich vergleichbare Unterschiede beobachten.[76]

So hat z.B. der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahre 2007, in Abweichung von der bis zu jenem Zeitpunkt ergangenen Rechtsprechung,[77] eine Schiedsvereinbarung für wirksam erklärt, die jeder unzufriedenen Partei die Möglichkeit gewährte, den Rechtsstreit innerhalb eines Monats nach Erlass des Schiedsspruchs vor ein ordentliches Gericht zu bringen.[78] Zur Begründung seiner Entscheidung führte der Bundesgerichtshof aus, dass Schiedsverfahren auf dem Konsens der Parteien beruhten und es daher den Parteien auch offenstehen müsse, die bindende Wirkung von Schiedssprüchen einzuschränken oder sie von Bedingungen abhängig zu machen, wie z.B. einer Ausweitung des Prüfungsumfangs durch staatliche Gerichte.[79]

Andere Gerichte haben eine andere Position eingenommen.[80] Eine prominente Entscheidung ist insoweit z.B. vom U.S. Supreme Court in Sachen *Hall Street Associates v. Mattel* getroffen worden. Der U.S. Supreme Court entschied in diesem Fall, dass es Parteien im Rahmen des Federal Arbitration Act nicht offenstehe, den Katalog der Aufhebungsgründe für inländische Schiedssprüche[81] zu erweitern.[82] Zur Begründung verwies der U.S. Supreme

---

[76] *Scherer,* Arb. Int'l 32 (2016) 437, 444 ff.

[77] Für die Rechtsprechung vor 2007, vgl. BGH 3.11.1983, WM 1984, 380.

[78] BGH 1.3.2007, 25 ASA Bulletin 2008, 810; diese Entscheidung ist kritisiert worden; vgl. z.B. *Reinmar Wolff,* Party Autonomy to Agree on a Non-Final Arbitration, ASA Bulletin 2008, 626–640, 626 ff.

[79] *Scherer,* Arb. Int'l 32 (2016) 437, 446.

[80] Vgl. *M/S Centrotrade Minerals & Metal. Inc. v. Hindustan Copper Ltd.*, Supreme Court of India, 9.5.2006, [2006] INSC 293; *Methanex Motunui Ltd. v. Spellman,* Wellington Court of Appeal, 17.6.2004, [2004] 3 NZLR 454, paragraph 105; französischer Kassationshof, Cass. 6.4.1994, Rev. Arb. 1994, 264. Vgl. auch *Guangzhou Dockyards Co. v. ENE Aegiali I,* [2010] EWHC 2826 (Comm) (English High Court).

[81] Obwohl die Entscheidung in Sachen *Hall Street* einen nationalen Schiedsspruch betraf, ist argumentiert worden, dass ähnliche Grundsätze auch im Anwendungsbereich der New-York-Konvention gelten; vgl. *Scherer/Silberman,* Limits to Party Autonomy (Fn. 66) 453 ff.; *Timothy Tyler/Archis A. Parasharami,* Finality over Choice: Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc. (U.S. Supreme Court), J. Int'l Arb. 25 (2008) 613–621, 614 ff.

[82] *Hall Street Associates,* 128 S.Ct. 1396, 1399 (2008) (Fn. 1); vgl. hierzu auch *Christopher Drahozal,* Contracting Around Hall Street, Lewis & Clark L. Rev. 14 (2010) 905–927, 905 ff.; für die Rechtslage vor der Entscheidung in Sachen Hall Street, vgl. z.B. *Lee Goldmand,* Contractually Expanded Review of Arbitration Awards, Harv. Negot. L. Rev. 8 (2003) 171–199, 171 ff.; *Dan C. Hulea,* Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective, Brooklyn J. Int'l L. 29 (2003) 313–367,

Court auf die systemische Notwendigkeit, die Schiedsgerichtsbarkeit als einen Streitbeilegungsmechanismus mit eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten durch staatliche Gerichte aufrechtzuerhalten.[83] Es stehe nicht im Ermessen der Parteien, die rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer Schiedsverfahren durchgeführt werden, autonom zu ändern. Im Ergebnis hat der U.S. Supreme Court damit eine Schranke der Parteiautonomie im Interesse der Allgemeinheit aufgestellt. Derartige Einschränkungen sollen im folgenden Abschnitt näher untersucht werden.

III. Einschränkungen der Parteiautonomie im Interesse der Allgemeinheit

Die Schranken der Parteiautonomie im Interesse der Allgemeinheit betreffen das öffentliche Element der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.[84] Die Schiedsgerichtsbarkeit kann ihre Wirkung allein in einem Rechtssystem entfalten, das Schiedsverfahren als eine Form der alternativen Streitbeilegung anerkennt. Die Eckpfeiler dieses rechtlichen Regimes zur Durchführung von Schiedsverfahren existieren auch im Interesse der Allgemeinheit und stehen insoweit nicht zur Disposition der Parteien. Normativ wird dies dadurch bestätigt, dass bestimmte Gründe für die Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen von staatlichen Gerichten im Rahmen von Artikel V(2) der New-York-Konvention ohne entsprechenden Antrag der Parteien geprüft werden können. Konkret steht es den staatlichen Gerichten frei, im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens auf ihre eigene Initiative hin zu prüfen, ob die von den Parteien vereinbarte Form der Streitbeilegung als Schiedsgerichtsbarkeit zu qualifizieren ist (vgl. unten 1.), ob der Streitgegenstand schiedsfähig ist (vgl. unten 2.) und ob die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs die öffentliche Ordnung des Vollstreckungsstaates verletzen würde (vgl. unten 3.).

1. Der Begriff der Schiedsgerichtsbarkeit

Bei der Schiedsgerichtsbarkeit handelt es sich um einen normativ geprägten Begriff. Dies bedeutet, dass es nicht im Ermessen der Parteien liegt, zu definieren, welche Formen der Streitbeilegung unter den Begriff der Schieds-

---

313 ff.; *Cynthia Murray,* Contractual Expansion of the Scope of Judicial Review of Arbitration Awards Under the Federal Arbitration Act, St. John's L. Rev. 76 (2002) 633–656, 633 ff.

[83] *Hall Street Associates,* 128 S.Ct. 1396, 1399 (2008) (Fn. 1).

[84] *Darius J. Khambata,* Tensions Between Party Autonomy and Diversity, in: Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, hrsg. von Albert Jan van den Berg (Aalphen an den Rijn 2015) 612–637, 616 ff.

gerichtsbarkeit zu subsumieren sind. Vielmehr ist dies Sache des einschlägigen Rechts (einschließlich der anwendbaren internationalen Konventionen).[85]

Die Grenzen des Begriffes der Schiedsgerichtsbarkeit können exemplarisch am Beispiel einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2004 verdeutlicht werden.[86] Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Mitglied eines Hundezüchtervereins hatte auf Grundlage der Satzung des Vereins ein Verfahren vor einem „Schiedsgericht“ eingeleitet. Nachdem der Antragssteller das Verfahren verloren hatte, leitete er ein Aufhebungsverfahren gegen den „Schiedsspruch“ des „Schiedsgerichts“ der Hundezüchtervereinigung ein. Der Bundesgerichtshof wies den Aufhebungsantrag zurück. Zur Begründung führte er aus, dass das gewählte Streitbeilegungsorgan nicht als ein echtes Schiedsgericht zu qualifizieren sei und daher auch die Entscheidung kein Schiedsspruch sei, der Gegenstand eines Aufhebungsverfahrens sein könne. Der Bundesgerichtshof stützte sich insoweit darauf, dass die gewählte Streitbeilegungsinstanz für Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Mitgliedern der Vereinsorgane und damit für eine vereinsinterne Verwaltungsmaßnahme errichtet worden war. Die Vereinssatzung hatte weder ein faires und unparteiisches Verfahren gewährleistet, noch hatte sie verlangt, dass die Entscheidung auf der gewählten Streitbeilegungsinstanz auf eine gesetzliche Grundlage oder zumindest Grundsätze der Billigkeit zu stützen war. Darüber hinaus hatten die Parteien keine Möglichkeit gehabt, in gleichem Maße an der Zusammensetzung des „Schiedsgerichts“ mitzuwirken. Im Ergebnis zeigt diese Entscheidung somit, dass es eines Minimums an rechtsstaatlichen Garantien bedarf, bevor ein Streitbeilegungsmechanismus als ein Schiedsgericht anerkannt werden kann.

Teilweise haben staatliche Gerichte auch allein an der Zusammensetzung von Schiedsgerichten Anstoß genommen. So hatte z.B. ein New Yorker Gericht in der Sache *Cross & Brown v. Nelson* die Gültigkeit einer arbeitsvertraglichen Bestimmung zu prüfen, der zufolge Streitigkeiten zwischen einem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber, einer Gesellschaft, von einem Gremium bestehend aus Vorstandsmitgliedern der Gesellschaft beigelegt werden sollten.[87] Das New Yorker Gericht entschied, dass die getroffene Vereinbarung in eklatantem Widerspruch zum Verbot des Richtens in eigener

---

[85] Das Interesse am Schutz der Parteien und das Interesse der Allgemeinheit können sich insoweit decken.

[86] Vgl. BGH 27.5.2004 – III ZB 53/03, SchiedsVZ 2004, 205.

[87] *Cross & Brown Co. v. Nelson,* 4 A.D.2d 501, 502, 167 N.Y.S.2d 573, 575–576 (1957) (“It is further agreed between the respective parties hereto that any dispute or difference as to any matter in this contract contained shall be settled by submitting the same to arbitration to the Board of Directors of the party of the first part [the employer], whose decision shall be final”). Vgl. zu diesen Konstellationen auch *George A. Bermann,* Limits to Party Autonomy in the Composition of the Arbitral Panel, in: Ferrari, Limits to Party Autonomy (Fn. 11) 83–126, 83 ff.

Sache stehe. In den Worten des New Yorker Gerichts handelte es sich bei der Vereinbarung eher um eine Kapitulationserklärung als um eine Schiedsvereinbarung („not a contract to arbitrate, but an engagement to capitulate“).[88] Das New Yorker Gericht stützte sich insoweit nicht auf eine formelle Betrachtung des vereinbarten Streitbeilegungsmechanismus, sondern kam im Rahmen einer materiellen Wertung zu dem Ergebnis, dass es sich in der Sache nicht um eine Form der Schiedsgerichtsbarkeit handeln würde.[89]

Quintessenz dieser Urteile ist es mithin, dass Schiedssprüche oder Schiedsvereinbarungen nicht anzuerkennen sind, wenn sie in Widerspruch zu grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen stehen. Besonders prägnant kommt dieser Gedanke in einer Entscheidung des Supreme Court von West Virginia zum Ausdruck, in der das Gericht in Anlehnung an eine äsopische Fabel bemerkte:[90]

> „Nehmen wir einmal an, dass aus irgendeinem Grund alle Hasen und alle Füchse beschlossen hätten, sich in einem Vertrag gegenseitig Beistand zu gewähren, und unterstellen wir, dass alle aus dem Vertrag resultierenden Streitigkeiten von einem Schiedstribunal von Füchsen entschieden werden würde. Dies wäre ein schockierendes Szenario, und es würde den Hasen nicht wirklich helfen.“[91]

Das vom Gericht als potentiell schockierend bezeichnete Szenario zeigt die öffentliche Dimension dieser Fallgestaltungen. Das Gesagte soll nicht den Eindruck erwecken, dass jeder Mangel einer Schiedsvereinbarung zwingend deren Unwirksamkeit zur Folge hat. So erlauben es viele Rechtsordnungen, fehlerhafte Teile einer Schiedsvereinbarung abzutrennen und die Schiedsvereinbarung im Übrigen aufrechtzuerhalten.[92] Dessen ungeachtet bleibt jedoch zu konstatieren, dass ein Streitbeilegungsmechanismus objektive, nicht der Parteiautonomie unterliegende Kriterien erfüllen muss, um als Form der Schiedsgerichtsbarkeit betrachtet werden zu können.

---

[88] *Bermann,* Limits (Fn. 87) 83 ff. (“We brush aside any metaphysical subtleties about corporate personality and view the agreement as one in which one of the parties is named as arbitrator. Unless we close our eyes to realities, the agreement here becomes, not a contract to arbitrate, but an engagement to capitulate”).

[89] *Bermann,* Limits (Fn. 87) 83 ff. (“Apart from outraging public policy, such an agreement is illusory; for while in form it provides for arbitration, in substance it yields the power to an adverse party to decide disputes under the contract”).

[90] *Board of Education of Berkeley County v. W. Harley Miller, Inc.*, 160 W. Va. 473 (1977). Das Gericht stützte sich insoweit auf die *doctrine of unconscionability*.

[91] *Board of Education of Berkeley County v. W. Harley Miller, Inc.*, 160 W. Va. 473, 478 (1977) (freie Übersetzung).

[92] Vgl. *Bermann,* Limits to Party Autonomy (Fn. 87) 117 ff.

2. *Schiedsfähigkeit*

Mit dem Institut der Schiedsfähigkeit kann eine weitere Einschränkung der Parteiautonomie im Interesse der Allgemeinheit einhergehen.[93] So bedeutet eine Einschränkung der Schiedsfähigkeit, dass sich der Gesetzgeber ein staatliches Rechtssprechungsmonopol vorbehält.[94] Häufig geschieht dies im öffentlichen Interesse. Beispiele für derartige Einschränkungen sind das Strafrecht,[95] das Aufenthaltsrecht,[96] das Familienrecht,[97] das Insolvenzrecht, zumindest in einigen Rechtsordnungen, oder die Entscheidung über die Gewährung von geistigen Eigentumsrechten.

Grundsätzlich ist jedoch zu konstatieren, dass Schiedsgesetze in vielen Teilen der Welt schiedsrechtsfreundlicher geworden sind und nur noch wenige Rechtsbereiche nicht schiedsfähig sind. Die Schiedsgerichtsbarkeit wird überwiegend als eine Art der Konfliktlösung verstanden, die Rechtsschutz in einem mit staatlichen Gerichten vergleichbaren (oder gar besseren) Maße

---

[93] Wie oben ausgeführt, dienen einige Einschränkungen der Schiedsfähigkeit auch dem Schutz der Parteien selbst.

[94] Vgl. *Mistelis/Brekoulakis,* Arbitrability (Fn. 41); *Alan Scott Rau,* Arbitrating "Arbitrability", World Arb. Med. Rev. 7 (2013) 487–512; *Alexander Belohlávek,* The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Disputes, Yb. Int'l Arb. 3 (2013) 27–57; *Michael Buxton Devine,* The Arbitrability of US Antitrust and EU Competition Law Matters (With Special Reference to Lawyer-Client Privilege), Yb. Int'l Arb. 2 (2012) 209–222; *Ilias Bantekas,* The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration, Australian Yb. Int'l L. 27 (2008) 193–223; *Piero Bernardini,* The Problem of Arbitrability in General, in: The New York Convention in Practice, hrsg. von Emanuel Gaillard/Domenico Di Pietro (London 2008) 503–522; *Bernard Hanotiau/Olivier Caprasse,* Arbitrability, Due Process and Public Policy under Article V of the New York Convention – Belgian and French Perspectives, J. Int'l Arb. 25 (2008) 721–741; *Christos Petsimeris,* The Scope of the Doctrine of Arbitrability and the Law under which it is Determined in the Context of International Arbitration, Rev. Hell. Dr. Int. 2005, 435–451; *Patrick M. Baron/Stefan Liniger,* A Second Look at Arbitrability – Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany, Arb. Int'l 19 (2003) 27–54; *Hilmar Raeschke-Kessler,* Some Developments on Arbitrability and Related Issues, in: International Arbitration and National Courts – the Never Ending Story, hrsg. von Albert Jan van den Berg (Aalphen an den Rijn 2001) 44–62; *Antoine Kirry,* Arbitrability – Current Trends in Europe, Arb. Int'l 12 (1996) 373–390; *Homayoon Arfazadeh,* Arbitrability Under the New York Convention – The Lex Fori Revisited, Arb. Int'l 17 (2001) 73–88.

[95] Vgl. jedoch *Bantekas,* Australian Yb. Int'l L. 27 (2008) 193, 197 ff. ("although the criminal legislation of some Muslim nations permits under their public policy rules the privatisation of particular aspects of criminal law through the payment of blood money, it does not, on the other hand, deem as arbitrable the perpetration of other offences, thus removing them from the public domain").

[96] Vgl. z.B. *Joseph Mante,* Arbitrability and Public Policy: An African Perspective, Arb. Int'l 33 (2017) 275–294, 275 ff.

[97] Vgl. aber *Mante,* Arb. Int'l 33 (2017) 275 unter Hinweis darauf, dass in einigen afrikanischen Schiedsgesetzen auch Scheidungen oder Ehesachen schiedsfähig seien.

bietet.[98] Gesetzgeber haben ferner eingesehen, dass der private Charakter der Schiedsgerichtsbarkeit nicht notwendigerweise die Durchsetzung von Belangen der Allgemeinheit gefährdet. Dementsprechend haben verschiedene Rechtsordnungen anerkannt, dass die Schiedsfähigkeit auch dann gegeben sein kann, wenn Ansprüche solche Belange berühren können.[99] Dies ist in der Entscheidung *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*[100] prominent entschieden worden. Der amerikanische Supreme Court urteilte hier, dass kartellrechtliche Angelegenheiten schiedsfähig sind, obwohl es ein öffentliches Interesse an der gerichtlichen Durchsetzung des Kartellrechts gibt. Nach Auffassung des Supreme Court war ausreichend, dass ordentliche Gerichte die Vereinbarkeit eines Schiedsspruchs mit der öffentlichen Ordnung im Rahmen eines Aufhebungs- bzw. Vollstreckungsverfahrens prüfen könnten. Es gäbe keine Vermutung dafür, dass Schiedsgerichte die öffentliche Ordnung ignorieren würden. Daher bestehe auch kein Anlass, sie *a priori* daran zu hindern, in Angelegenheiten der öffentlichen Ordnung Entscheidungen zu treffen.[101]

Ein ähnliches Begründungsmuster findet sich auch in der *Nordsee*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).[102] Hier entschied der EuGH, dass Streitigkeiten mit einem Bezug zum Unionsrecht schiedsfähig sind, obwohl ein überwiegendes Interesse an der Durchsetzung des Unionsrechts in der gesamten Europäischen Union bestehe. Wie der Supreme Court im Hinblick auf das Kartellrecht, so konstatierte auch der EuGH, dass die staatliche Kontrollfunktion betreffend die Durchsetzung des Unionsrechts über Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren ausreichend gewahrt werden

---

[98] *Bernardini,* Arbitrability (Fn. 94) 509 (mit der Beobachtung, dass die Schiedsfähigkeit zunehmend als ein den staatlichen Gerichten äquivalenter Mechanismus zur Rechtsdurchsetzung wahrgenommen wird); BGH 19.7.2004 – II ZR 65/03, NZG 2004, 905 („Dementsprechend hat auch der Reformgesetzgeber des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes die Schiedsgerichtsbarkeit als eine der staatlichen Gerichtsbarkeit im Prinzip gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit angesehen und es als nahe liegend betrachtet, sie nur insoweit auszuschließen, als der Staat sich im Interesse besonders schutzwürdiger Rechtsgüter ein Entscheidungsmonopol vorbehalten hat […]“). Zum *ordre public,* vgl. auch *Farshad Ghodoosi,* International Commercial Law: International Dispute Resolution and the Public Policy Exception (New York 2016) 61.

[99] *Ragno,* Inarbitrability (Fn. 47) 130.

[100] *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth,* 473 U.S. 614 (1985) (“Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the anti-trust laws has been addressed”).

[101] *Ragno,* Inarbitrability (Fn. 47) 145; *contra: Accentuate Ltd. v. Asigra Inc.* [2009] EWHC 2655 (QB); OLG München 17.5.2006 – 7 U 1781/06, IPRax 2007, 322.

[102] EuGH 23.3.1982 – Rs. C-102/81 (*„Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH ./. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG und Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG*), Slg. 1982, 1095.

kann.[103] Dieser Ansatz wurde anschließend in der *Eco Swiss*-Entscheidung des EuGH bestätigt. Hier entschied der EuGH, dass ein Verstoß gegen bestimmte zwingende Vorschriften des Europäischen Wettbewerbsrechts einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung darstellen kann.[104]

3. Ordre public

Mit dem *ordre public* ist eine Schranke der Parteiautonomie angesprochen, die sich grundlegend von dem Institut der Schiedsfähigkeit unterscheidet. Denn anders als das Institut der Schiedsfähigkeit führt die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem *ordre public* nicht dazu, dass bestimmte Angelegenheiten dem staatlichen Rechtsprechungsmonopol vorbehalten werden.[105] Vielmehr wird das Ergebnis eines Schiedsverfahrens, d.h. der Schiedsspruch, einer *ex post*-Kontrolle unterworfen. Umfang und Reichweite dieser Kontrolle sind an anderer Stelle erörtert worden und sollen an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.[106] Stattdessen soll das Augenmerk darauf gerichtet werden, inwieweit der *ordre public* der Parteiautonomie Schranken setzt.

Insoweit kann zunächst allgemein konstatiert werden, dass mit dem *ordre public* Interessen der Allgemeinheit angesprochen sind[107] – diese Interessen können sich auf das soziale und wirtschaftliche Leben, Grundbegriffe von

---

[103] EuGH 23.3.1982 – *„Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH,* Slg. 1982, 1095 Rn. 14 (“As the Court has confirmed in its judgment of 6 October 1981 *Broekmeulen,* Case 246/80 [1981] ECR 2311, Community law must be observed in its entirety throughout the territory of all the Member States; parties to a contract are not, therefore, free to create exceptions to it. In that context attention must be drawn to the fact that if questions of Community law are raised in an arbitration resorted to by agreement the ordinary courts may be called upon to examine them either in the context of their collaboration with arbitration tribunals, in particular in order to assist them in certain procedural matters or to interpret the law applicable, or in the course of a review of an arbitration award – which may be more or less extensive depending on the circumstances – and which they may be required to effect in case of an appeal or objection, in proceedings for leave to issue execution or by any other method of recourse available under the relevant national legislation.”)

[104] EuGH 1.6.1999 – Rs. C-126/97 (*Eco Swiss China Time Ltd. ./. Benetton International NV*), Slg. 1999, I-3055.

[105] *David Quinke,* Objective Arbitrability, in: Wolff, The New York Convention (Fn. 31) 380–401, 382.

[106] Vgl. z.B. *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 3646 ff.*; Ghodoosi,* International Commercial Law (Fn. 98); *Karl Heinz Böckstiegel,* Public Policy and Arbitrability, in: Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, hrsg. von Piet Sanders et al. (New York 1986) 177–204, 178; *Reinmar Wolff,* Public Policy, in: Wolff, The New York Convention (Fn. 31) 402–437, 402 ff.

[107] Vgl. *Jan Paulsson,* The Idea of Arbitration (Oxford 2013) 105 (“Some such limitations [to the freedom to establish private justice] are matters of fundamental law reflecting the basic values of a society – such as the right to a fair hearing, distaste for deceit or oppression, and the desire to eradicate abhorrent conduct, e.g. trafficking in drugs or slavery”).

Moral und Gerechtigkeit oder fundamentale Rechtsgrundsätze beziehen.[108] Wichtig ist jedoch, dass der *ordre public* kein Instrument zur positiven Umsetzung dieser Allgemeininteressen ist.[109] Zielrichtung der Prüfung ist es vielmehr, negative Externalitäten zu vermeiden.[110] Wenn zum Beispiel ein Schiedsgericht in einem Schiedsverfahren bestimmte Rechtsnormen nicht anwendet, führt dies nicht zwingend zu einem Verstoß gegen den *ordre public*.[111] Dies spiegelt die Tatsache wider, dass ein Schiedsgericht ein privater Akteur ist, dessen fehlerhafte Anwendung der Gesetze von Rechtssystemen generell toleriert werden kann. Das Schiedsgericht ist nicht das Organ, das zur Durchsetzung sämtlicher Allgemeininteressen – darunter der Einhaltung des Rechts – originär berufen ist. Anders stellt sich die Situation indes dar, wenn die fehlerhafte Rechtsanwendung in einem Schiedsspruch mündet, der gegen

---

[108] *Ghodoosi,* International Commercial Law (Fn. 98) 63 ff. Vgl. auch *Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA),* Court of Appeals, Second Circuit, 23.12.1974, 508 F.2d 969 ("Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on [the basis of public policy] only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice"); *Traxys Europe S.A. v. Balaji Coke Industry Pvt Ltd.,* Federal Court, Australia, 23.3.2012, [2012] FCA 276 ("[I]t is only those aspects of public policy that go to the fundamental, core questions of morality and justice in [the] jurisdiction [where enforcement is sought] which enliven this particular statutory exception to enforcement"); *Hebei Import & Export Corp. v. Polytek Engineering Co. Ltd.,* Court of Final Appeal, Hong Kong, 9.2.1999, [1999] 2 HKC 205 (Bejahung einer Verletzung der *public policy,* "[if an award is] so fundamentally offensive to [the enforcement jurisdiction]'s notions of justice that, despite its being party to the Convention, it cannot reasonably be expected to overlook the objection"); Schweizer BGer. 10.10.2011, 5A_427/2011 (Bejahung eines *ordre public*-Verstoßes "if [the arbitral award] disregards essential and widely recognized values which, according to the conceptions prevailing in Switzerland, should form the basis of any legal order"); *Agence pour la sécurité e la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar v. M. N'Doye Issakha,* Paris Cour d'Appel, 16.10.1997, Case No. 96/84842 (mit Definition des *ordre public* als "the body of rules and values whose violation the French legal order cannot tolerate even in situations of an international character"). Die Entscheidung ist abrufbar unter: <www.newyorkconvention 1958. org>.

[109] Vgl. auch *Giuditta Cordero Moss,* Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration, Rec. Cours 372 (2014) 129–326, 175 ff. ("ordre public is negative and limited to those principles that are fundamental and that the judge cannot disregard even if the disputed matter has an international character" im Gegensatz zu "ensuring the application of the legal system's overriding mandatory rules").

[110] *Moritz Renner,* Private Justice, Public Policy – the Constitutionalization of International Commercial Arbitration, in: International Arbitration and Global Governance – Contending Theories and Evidence, hrsg. von Walter Mattli/Thomas Dietz (Oxford 2014) 117–139, 117 ff.

[111] Vgl. *Domenico Di Pietro,* Forum Shopping and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Notes on Public Policy, in: Ferrari, Forum Shopping (Fn. 63) 297–311, 301; *Emanuel Gaillard/John Savage,* Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (Aalphen an den Rijn 1999) 995.

grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen verstößt – etwa, weil er eine Partei zu einer in der betroffenen Rechtsordnung verbotenen Handlung verpflichtet. In einem solchen Fall kann ein Interesse der betroffenen Rechtsordnung bestehen, dem Schiedsspruch keine Rechtswirkungen beizumessen. Das Institut des *ordre public* wirkt hier wie ein Sicherungsmechanismus[112] oder ein Auffangnetz.[113]

Ein zweites Strukturmerkmal der *ordre public*-Prüfung ist es, dass der Begriff des *ordre public* in verschiedenen Rechtssystemen unterschiedlich gehandhabt werden kann. Zwar gab es Ambitionen, internationale *ordre public*-Standards zu formulieren – teilweise wird in diesem Zusammenhang auch der Begriff „transnational public policy“ verwendet.[114] Indes spiegelt dies nicht adäquat die Tatsache wider, dass Artikel V(2) New-York-Konvention auf den (internationalen) *ordre public* des spezifischen Staates verweist, in dem die Durchsetzung des Schiedsspruchs angestrebt wird.[115] In seinem Kern ist der *ordre public* ein nationales Konzept. Die New-York-Konvention setzt lediglich die äußeren Grenzen dessen fest, was Staaten als *ordre public* definieren können.[116] Im Ergebnis ist somit zu konstatieren, dass mit dem *ordre public* zwar eine Beschränkung der Privatautonomie im Interesse der Allgemeinheit betroffen ist. Dieses Interesse ist jedoch relativ und kann sich von Land zu Land unterscheiden.[117]

---

[112] *Michael A. Garza,* When is Cross-Border Insolvency Recognition Manifestly Contrary to Public Policy, Fordham Int’l L. J. 38 (2015) 1587–1629, 1606; *Felix D. Strebel,* The Enforcement of Foreign Judgments and Foreign Public Law, Loy. L.A. Int’l & Comp. L. J. 21 (1999) 55–129, 66; *Karen J. Tolson,* Punitive Damage Awards in International Arbitration: Does the Safety Valve of Public Policy Render Them Unenforceable in Foreign States, Loy. L.A. L. Rev. 20 (1987) 455–512, 455 ff.; *Wolff,* The New York Convention (Fn. 31) Article V Rn. 490.

[113] *Tolson,* Loy. L.A. L. Rev. 20 (1987) 455, 507.

[114] Vgl. *Fernando Mantilla Serrano,* Towards a Transnational Procedural Public Policy, Arb. Int’l 20 (2004) 333–353, 333; *Alan Redfern,* Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy, in: International Arbitration 2006: Back to Basics?, hrsg. von Albert Jan van den Berg (Aalphen an den Rijn 2007) 871–885, 871 ff.

[115] Vgl. *Di Pietro,* Forum Shopping (Fn. 111) 300 (“in identifying what constitutes public policy for the purpose of Article V(2)(b) of the New York Convention, reference should be made to the international public policy of the domestic law of the country where enforcement is sought. In other words, the core provisions of domestic public policy, to the exclusion of the provisions having a more domestic and less compelling character”).

[116] *Wolff,* Public Policy (Fn. 106) 409 ff. mit dem Argument, Art. V(2)(b) New-York-Konvention verbiete eine Auslegung des *ordre public* in einer Art und Weise, die im Widerspruch zu sonstigen Bestimmungen der New-York-Konvention steht bzw. diese unterlaufen würde. Vgl. auch *Di Pietro,* Forum Shopping (Fn. 111) 301.

[117] Gerichte haben z.B. unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, ob Strafzahlungen mit dem *ordre public* unvereinbar sind. Vgl. *Markus Petsche,* Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?, J. Int’l Arb. 29:1 (2013) 89–104, 89 ff.

IV. Schranken der Parteiautonomie im Interesse der Schiedsrichter

Die Schranken der Parteiautonomie dienen nicht allein den Interessen der Parteien und der Allgemeinheit. Sie können auch konkret durch die Interessen der Schiedsrichter bedingt sein – wobei letztere wiederum mit dem übergeordneten Ziel der Sicherung der Schiedsgerichtsbarkeit als ein funktionsfähiges Mittel der Streitbeilegung verknüpft sind.[118] Konkret bestehen Schranken der Parteiautonomie in der Rechtsbeziehung mit den Schiedsrichtern insoweit, als die Parteien weder die Übertragung der Entscheidungsgewalt (vgl. unten 1.) noch die Ausübung der schiedsrichterlichen Befugnisse (vgl. unten 2.) umfassend kontrollieren können.

1. Begrenzte Kontrolle über die Übertragung von Entscheidungsgewalt

Es ist ein weit verbreitetes Verständnis, dass die Übertragung von adjudikativer Entscheidungsgewalt auf Schiedsrichter auf einen privatautonomen Delegationsakt der Parteien zurückzuführen ist.[119] Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indes, dass nicht sämtliche von den Schiedsrichtern ausgeübte Entscheidungsgewalt stets auf einen ausdrücklichen Übertragungsakt zurückgeführt werden kann.

Dies ergibt sich zunächst daraus, dass Schiedsverfahren eine duale Grundlage in der Schiedsvereinbarung einerseits und dem anwendbaren Schiedsverfahrensrecht andererseits haben. Die Übertragung von Entscheidungsgewalt auf ein Schiedsgericht hätte schlichtweg keine Rechtswirkungen, gäbe es nicht ein Rechtssystem, das einer solchen Schiedsvereinbarung rechtliche Wirkung beimisst.[120]

Jedoch geht die Rolle des Schiedsverfahrensrechts über die bloße Validierung der Delegation von Entscheidungsgewalt auf Schiedsrichter hinaus.

---

[118] Vgl. auch *Diego P. Fernández Arroyo,* Arbitrators' Procedural Powers – The Last Frontier of Party Autonomy?, in: Ferrari, Limits to Party Autonomy (Fn. 11) 199–232, 199; *Mathieu de Boisseson,* New Tensions between Arbitrators and Parties in the Conduct of the Arbitral Procedure, Int'l Arb. Rev. 6 (2007) 177–180, 177 f.; *Michael Pryles,* Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure, J. Int'l Arb. 24 (2007) 327–339, 327 ff.; *Julian Lew,* The Tribunal's Rights and Duties: Why They Should be More Involved in the Arbitral Process, in: Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Players' Interaction in International Arbitration, hrsg. von ICC (Paris 2012) 11.

[119] Vgl. z.B. *Nigel Blackaby/Constantine Partasides et al.,* Redfern and Hunter on International Arbitration (Oxford 2009) 87 ff.

[120] Vgl. *Coppée Levalin NV v. Ken-Ren Fertilisers and Chemicals* [1994] 2 Lloyd's Rep. 109 ("On the one hand, the concept of arbitration as a consensual process reinforced by the ideas of transnationalism leans against the involvement of […] a municipal court. On the other side there is the plain fact, palatable or not, that it is only a Court possessing coercive powers which could rescue the arbitration if it is in danger of foundering").

Tatsächlich gibt es Situationen, in denen die betroffene Rechtsordnung die Quelle der von den Schiedsrichtern ausgeübten Entscheidungsgewalt ist. So erkennen Rechtsordnungen typischerweise an, dass Schiedsgerichte über ihre eigene Zuständigkeit entscheiden dürfen, und zwar auch dann, wenn sich die Schiedsvereinbarung als unwirksam herausstellt. Dies ergibt sich aus dem bereits erwähnten Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz.[121] In Situationen, in denen eine Partei wirksam die Zuständigkeit des Schiedsgerichts aufgrund einer fehlenden wirksamen Schiedsvereinbarung angreift, ist der Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz die einzige Quelle der Entscheidungsgewalt des Schiedsrichters, um über die eigene Zuständigkeit zu urteilen.[122] Die Grundlage für die eigene Zuständigkeitsprüfung der Schiedsgerichte kann demnach hier nicht aus der autonomen Übertragung einer solchen Befugnis der Parteien folgen.

Neben der besonderen Situation von Zuständigkeitsentscheidungen basierend auf dem Prinzip der Kompetenz-Kompetenz üben Schiedsgerichte eine Reihe von Befugnissen aus, die nicht explizit in der Schiedsvereinbarung genannt sind. Die meisten Schiedsvereinbarungen sind sehr kurz gefasst und behandeln die Befugnisse von Schiedsrichtern nicht bzw. nicht im Detail.[123] Wenn überhaupt, tun sie dies indirekt unter Bezugnahme auf ein Regelwerk von Schiedsregeln oder einen Schiedsort, welcher wiederum die Anwendbarkeit eines spezifischen Schiedsrechts auslöst. Diese Schiedsregeln oder das anwendbare Schiedsrecht können direkt oder indirekt Entscheidungsgewalt von Schiedsrichtern vorsehen.[124] Sehr oft enthalten sie Generalklauseln, die den Schiedsrichtern die Möglichkeit eröffnen, das Schiedsverfahren nach billigem Ermessen durchzuführen.[125] Darüber wird vertreten, dass „inherent powers" dem Schiedsrichteramt immanent sind.[126] Nach der Rechtsprechung des Iran-United States Claims Tribunal umfassen diese „inherent powers" die dem Schiedsgericht nicht ausdrücklich gewährten Befugnisse, die aber notwendiger Weise mit der Errichtung eines Schiedsgerichts mit adjudikativer

[121] Vgl. oben II.1.

[122] Vgl. *Kröll,* Party Autonomy (Fn. 15) 165.

[123] Die ICC-Musterklausel lautet z.B.: „Alle Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC) von einem oder mehreren gemäß dieser Ordnung ernannten Schiedsrichtern endgültig entschieden."

[124] Zu den Befugnissen der Schiedsrichter, vgl. auch *Pierre Karrer,* Freedom of an Arbitral Tribunal to Conduct Proceedings, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. 10 (1999) 14–26, 14 ff.; *Eric Schwartz,* The Rights and Duties of ICC Arbitrators, Special Supplement 1995: The Status of the Arbitrator (Paris 1995) 67–97, 67 ff.

[125] Vgl. z.B. Art. 19, 22 ICC-Schiedsregeln; Art. 17 UNCITRAL-Schiedsregeln (2010); Art. 19 UNCITRAL-Modellgesetz zur Schiedsgerichtsbarkeit.

[126] International Law Association, Report for the Biennial Conference in Washington D.C. (2014), abrufbar unter <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1034> (Abruf 12.2.2017).

Gewalt einhergehen.[127] Wenngleich das Konzept umstritten ist, können verschiedene Entscheidungen auf diese „inherent powers“ zu stützen sein. Beispiele aus der Rechtsprechung sind Entscheidungen über die Offenlegung von Prozessfinanzierern,[128] über Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Integrität des Verfahrens[129] oder betreffend die Überprüfung von Entscheidungen[130]. In all diesen Situationen üben Schiedsgerichte Befugnisse aus, die ihnen von den Parteien nicht ausdrücklich gewährt wurden. Zweifelsohne können Parteien einige dieser Befugnisse durch eine ausdrückliche Vereinbarung beschränken. Allerdings wird ein solcher „negativer Konsens“, einem Schiedsrichter bestimmte Befugnisse nicht zu gewähren, nach Entstehung eines Rechtsstreites

---

[127] *Islamic Republic of Iran v. United States of America,* IUSCT Cases Nos. A3, A8, A9, A14 and B61, Decision No. DEC 134-A3/A8/A9/A14/B61-FT, Rn. 59 (1.7.2011) – unter Bezugnahme auf *David D. Caron et al.,* The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary (Oxford 2006) 915.

[128] *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan,* ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No. 3, 12.6.2015, Rn. 6 (“As stated at § 9 of Procedural Order No. 2 the Tribunal considers that it has inherent powers to make orders of the nature requested [i.e. to order the disclosure of third party funding] where necessary to preserve the rights of the parties and the integrity of the process”).

[129] *ConocoPhilipps Petrozuata B.V., ConocoPhilipps Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela,* ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Respondent’s Request for Reconsideration, Dissenting Opinion of Georges Abi Saab, 10.3.2014, Rn. 56 (“Thus, inherent jurisdiction accrues to any body or organ by the mere fact of it being possessed of the adjudicative function. […] It is precisely in fulfilling this task and discharging its duty of safeguarding the credibility and integrity of its adjudicative function, that lies the power of a tribunal to reconsider a prior decision, whether interlocutory or not, whether it is considered final or not, and whether such a reconsideration is provided for in its statute or not, i.e. regardless of all these distinctions; if the tribunal becomes aware that it had committed an error of law or of fact that led it astray in its conclusions, or in case of new evidence or changed circumstances having the same effect”); *Libananco Holdings Co Ltd v. Turkey,* ICSID Case no ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23.6.2008, Rn. 78 (“Nor does the Tribunal doubt for a moment that, like any other international tribunal, it must be regarded as endowed with the inherent powers required to preserve the integrity of its own process”).

[130] VIII United Nations Reports of International Arbitral Awards 160 (2006) 189–190 (“Every tribunal has inherent power to reopen and to revise a decision induced by fraud. If it may correct its own errors and mistakes, a fortiori it may, while it still has jurisdiction of a cause, correct errors into which it has been led by fraud and collusion”); *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana,* 95 I.L.R. (1990) 184 (“[A] court or tribunal, including this international arbitral tribunal, has an inherent power to take cognizance of credible evidence, timely placed before it, that its previous determinations were the product of false testimony, forged documents, or other egregious “fraud on the tribunal” [...] Certainly if such corruption or fraud in the evidence would justify an international or a national court in voiding or refusing to enforce the award, this Tribunal also, so long as it still has jurisdiction over the dispute, can take necessary corrective action”).

sehr schwer zu erreichen sein, da sich zu diesem Zeitpunkt die gemeinsamen Interessen der Parteien erheblich voneinander unterscheiden dürften. Diese Verlagerung von positivem zu negativem Konsens ist eine Einschränkung der Parteiautonomie.

Die Kontrolle der Parteien über die Übertragung von Entscheidungsgewalt an Schiedsrichter ist im Übrigen auch dadurch begrenzt, dass Schiedsrichter ihre Dienste nur unter bestimmten Bedingungen anbieten. In *ad hoc*-Schiedsverfahren werden diese Bedingungen oft in einem schriftlichen Schiedsrichtervertrag festgehalten.[131] In institutionellen Schiedsverfahren wird ein solcher Vertrag typischerweise stillschweigend geschlossen.[132] Nach diesen Schiedsrichterverträgen haben Schiedsrichter einen Anspruch auf Vergütung für erbrachte Dienste. Sie sind in der Regel nur verpflichtet, ihre Streitbeilegungsdienste in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Schiedsvertrags zu erfüllen. Daher können Parteien nicht autonom entscheiden, unter welchen Bedingungen sie die Dienstleistungen eines Schiedsrichters in Anspruch nehmen können. Dies hängt vielmehr von dem mit dem Schiedsrichter geschlossenen Schiedsrichtervertrag ab.

2. *Begrenzte Kontrolle über die Ausübung der Entscheidungsgewalt*

Ein ähnliches Bild zeigt sich im Hinblick auf die Kontrolle der Parteien über die Ausübung der Entscheidungsgewalt durch die Schiedsrichter. Auch wenn Parteien die Durchführung des Verfahrens in erheblichem Maße bestimmen können,[133] üben sie keine uneingeschränkte Kontrolle über die Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung durch Schiedsrichter aus. Dies ist weitgehend unstreitig für Parteivereinbarungen, die gegen zwingende Vorschriften des Schiedsverfahrensrechts verstoßen.[134] So kann z.B. eine Vereinbarung, der zufolge nur eine Partei das Recht zur Benennung von Schiedsrichtern hat, unwirksam sein, da sie gegen den fundamentalen Grundsatz der Gleichheit der Parteien verstößt.[135] Ebenso kann eine Vereinbarung über die Zeitalloka-

---

[131] Vgl. *Lew et al.,* Comparative International Commercial Arbitration (Fn. 10) 276.

[132] Vgl. *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 1967. Ein weiterer Vertrag kann zwischen der Schiedsinstitution und den Schiedsrichtern bestehen; vgl. *Jean François Poudret/Sebastien Besson,* Comparative Law of International Arbitration (London 2007) 370.

[133] In den Worten eines US-amerikanischen Gerichts: "short of authorizing trial by battle or ordeal or, more doubtfully, by a panel of three monkeys, parties can stipulate to whatever procedures they want to govern the arbitration of their disputes; parties are as free to specify idiosyncratic terms of arbitration as they are to specify any other terms in their contract." *Ahmad Baravati v. Josephthal, Lyon & Ross, Incorporated, and Peter Sheib,* 28 F.3d 704 (7th Cir. 1994).

[134] *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 2139; *Pryles,* J. Int'l Arb. 24 (2007) 327, 335.

tion für Zeugenvernehmungen während eines mündlichen Termins unwirksam sein, wenn sie nicht den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien beachtet.[136] Im Übrigen sind die Grenzen zulässiger Parteivereinbarungen jedoch schwer zu bestimmen. Man mag sich nur den hypothetischen Fall vor Augen führen, dass Parteien eine Vereinbarung treffen, der zufolge das Verfahren über einen Zeitraum von einem Jahrzehnt oder einen noch längeren Zeitraum geführt werden soll: Wäre ein Schiedsgericht verpflichtet, diese Vereinbarung zu respektieren? Wie ist der realistischere Fall zu beurteilen, dass beide Parteien einen Zeugen vorladen wollen, den das Schiedsgericht für den Ausgang des Falls für irrelevant hält? Muss ein Schiedsgericht diesen Zeugen vernehmen?[137] Dies wird unterschiedlich beurteilt.

Teilweise wird vertreten, dass Schiedsrichter in der Tat unter bestimmten Umständen eine Vereinbarung der Parteien missachten könnten. Gary Born schlägt zum Beispiel vor, dass sich Schiedsgerichte in Ausnahmefällen über eine Vereinbarung der Parteien hinwegsetzen können, wenn das von den Parteien avisierte Verfahren ineffizient, unnötig, weniger effektiv und weniger fair als nach einer Alternativlösung wäre.[138] Born begründet diese Auffassung damit, dass die Parteien das Recht der Schiedsrichter, das Verfahren nach ihrem Ermessen zu führen, nicht beschneiden könnten.[139] Mit einer ähnlichen Zielrichtung argumentiert Carter, dass Schiedsrichter die konkludente Befugnis hätten, ein Verfahren schnell und fair durchzuführen, selbst wenn dies gegen den Willen beider Parteien erfolge.[140] Als Beispiel für eine solche Fall-

---

[135] Vgl. BGH 24.9.1998 – III ZR 133/97, NJW 1999, 282; *Christian Borris/Rudolf Hennecke,* in: Wolff, The New York Convention (Fn. 31) Art. V Rn. 282.

[136] *Brunswick Bowling & Billiards Corporation v. Shanghai Zhonglu Industrial Co Ltd. And Another* [2009] HKCFI 94; [2011] 1 HKLRD 707; HCCT66/2007 (10.2.2009). ("It follows that there is no breach under Article 34(2)(a)(iv) because in this particular instance, the slavish application of the chess-clock arrangement is in conflict with Article 18 [enshrining the principle of equal treatment and the right to be heard], as such the Tribunal was obliged to depart from it.")

[137] Für weitere Beispiele, vgl. *Arroyo,* Arbitrators' Procedural Powers (Fn. 118) 217 ff.

[138] *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 2153.

[139] *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 2152 ("[N]otwithstanding the parties' general procedural autonomy, where they exercised that autonomy by granting procedural authority to the arbitral tribunal, and then appointing a tribunal pursuant to that agreement, they may not subsequently alter their agreement, absent the arbitrators' consent").

[140] *James H. Carter,* The Rights and Duties of the Arbitrator: Six Aspects of the Rule of Reasonableness, in: ICC Special Supplement 1995: The Status of the Arbitrator, hrsg. von ICC (Paris 1995) 24–35, 30. ("It would seem prudent for the arbitrator to follow procedures to which both parties have agreed whenever possible, even when operating under more flexible provisions such as the AAA's International Rules. However, it seems implicit in those Rules that an arbitrator has the right, to be exercised prudently and presumably not frequently, to impose procedures in the interests of expedition and fairness, even when both parties (or, more likely, both sets of counsel) may wish some other procedures").

konstellation verweist er auf Fälle, in denen sich die Parteien auf ein ineffizientes und übermäßig teures Beweisverfahren einigen. Hier sei es dem Schiedsgericht anheimgestellt, die Entscheidung der Parteien außer Acht zu lassen.[141] Andere Stimmen kommen unter Hinweis auf die adjudikativen Befugnisse von Schiedsrichtern zu einem ähnlichen Ergebnis. Diese adjudikativen Befugnisse seien dem Schiedsrichteramt immanent und könnten von den Parteien nicht beschnitten werden.[142]

Vertreter der Gegenposition halten dem entgegen, dass Schiedsrichter grundsätzlich an Parteivereinbarungen gebunden seien, solange diese kein zwingendes Recht verletzen. Allerdings erkennen selbst diese Stimmen an, dass sich Schiedsrichter ihrer Aufgabe entledigen können, wenn sie mit einer unvorhersehbaren, prozeduralen Vereinbarung der Parteien konfrontiert werden, welche fundamental von dem abweicht, was die Schiedsrichter im Zeitpunkt des Abschlusses des Schiedsrichtervertrags erwarten konnten.[143] Diese Auffassung findet Rückhalt in den Materialien des UNCITRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit („UNCITRAL-Modellgesetz“). So wurde bei Schaffung des UNCITRAL-Modellgesetzes diskutiert, die Bindung von Schiedsrichtern an den Willen der Parteien auf solche Fälle zu beschränken, in denen die Parteivereinbarung vor Konstituierung des Schiedsgerichts getroffen wurde. Dieser Vorschlag wurde abgelehnt. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass Schiedsrichter durch die Möglichkeit, ihr Amt aufzugeben, hinreichend vor unangemessenen Parteivereinbarungen geschützt seien.[144]

---

[141] *Carter,* The Rights and Duties (Fn. 140) 24 ff.

[142] *Charles Jarrosson,* Note – Cour de cassation (1re Ch. Civile) 8 mars 1988 – Sociétés Sofidif et autres v. O.I.A.E.T.I., Rev. Arb. 1989, 481, 486 (“L’autre limite est liée à la composante juridictionnelle de l’arbitrage: les parties peuvent dessiner les contours de la mission des arbitres, dans la mesure où, ce faisant, elles ne portent pas atteinte à la nécessaire liberté minimum dont tout juge doit disposer pour exercer sa function de juger”). *Gaillard/Savage,* Fouchard Gaillard Goldman (Fn. 111) 627 (“Although they must comply with the arbitration agreement and the applicable procedural rules, they are not subordinated to the parties in the conduct of the arbitral proceedings. Because their functions are judicial in nature, they enjoy a number of prerogatives in conducting the proceedings”). *Pryles,* J. Int’l Arb. 24 (2007) 327, 332 (“The reason is that while article 19 confers a broad power on the parties to agree on the arbitral procedure, they must do so within assumptions reasonably held by the arbitrators at the time when they accept that mandate. Expressed in another way, there is an implied term that any agreement the parties may come to on matters of procedure will be within usual or come in parameters for commercial arbitration is of the type and nature of the arbitration before the arbitral tribunal”).

[143] Vgl. *Schwartz,* The Rights and Duties (Fn. 124) 89. Vgl. auch *Jason Fry et al.*, The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration (Paris 2012) 210; *Born,* International Commercial Arbitration (Fn. 17) 2142.

In diesem Zusammenhang ist ein weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Selbst wenn man akzeptiert, dass Schiedsrichter grundsätzlich an eine Parteivereinbarung gebunden sind, führt dies nicht zu dem Schluss, dass die Parteien bis zu einem etwaigen Rücktritt der Schiedsrichter die Herren des Verfahrens sind. Dies liegt daran, dass Abweichungen von Parteienvereinbarungen nicht immer wirksam sanktioniert werden. Auch wenn die Nichtbeachtung einer Parteienvereinbarung die Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs nach Artikel V(1)(d) New-York-Konvention rechtfertigen kann,[145] haben staatliche Gerichte insoweit einen Ermessensspielraum. In Ausfüllung dieses Ermessens haben sich verschiedene Positionen herausgebildet.

Einige Gerichte prüfen, ob ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichteinhaltung der Vereinbarung der Parteien und dem Ausgang des Falles besteht. Dieser Ansatz spiegelt sich z.B. in einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus dem Jahre 2004 wider, in der das Gericht die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs ablehnte, obwohl das Schiedsgericht die von den Parteien vereinbarte Frist für den Erlass des Schiedsspruchs überschritten hatte.[146] Nach Ansicht des Gerichts gab es keine Hinweise, dass das Schiedsgericht bei Einhaltung der vereinbarten Frist eine andere Entscheidung getroffen hätte. Daher bestand kein Kausalzusammenhang zwischen der Nichtbeachtung der Parteivereinbarung und dem Ergebnis des Schiedsverfahrens. Das Gericht wies ferner darauf hin, dass die Beklagte auf ihr Recht, sich auf die Abweichung der Vereinbarung der Parteien zu berufen, verzichtet habe, da sie diesen Einwand nicht während des Schiedsverfahrens erhoben habe.

---

[144] *Howard Holtzmann/Joseph Neuhaus,* A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Aalphen an den Rijn 1995) 556 ff. ("One matter that was considered at some length during the drafting of article 19 was whether there should be a limitation on when the Parties could agree on a procedural point. The Secretariat suggested that the Working Group draft article 19 so as to require that any agreement on the arbitral procedure be reached before the first or sole arbitrator was appointed. The rationale for the proposal was that the rules of procedure should be clear from the outset that any arbitrator should know from the beginning the rules under which he or she is expected to perform his or her functions. The Working Group rejected this idea, finding instead that the freedom of the parties to agree on a procedure 'should be a continuing one'; the Working Group interpreted paragraph 1 to provide for such a continuing freedom. […] [I]t was noted that in any case the arbitrators could not be forced to accept any procedures with which they disagreed, since they could always resign rather than carry out the unwanted procedural stipulations. If the matter was of strong concern, the timing of any agreement of procedure could be regulated by agreement between the parties and the arbitrators").

[145] Zur Auslegung von Art. V(1)(d) New York Convention, vgl. *Borris/Hennecke* (Fn. 135) Art. V Rn. 308 ff.

[146] BayObLG 23.9.2004 – 4Z Sch 005/04, BeckRS 2009, 21310.

Andere Gerichte haben im Rahmen ihrer Beurteilung das Ausmaß der Abweichung von der Parteivereinbarung ins Visier genommen und geprüft, ob die Parteien hierdurch substantielle Nachteile erlitten haben.[147] Die Entscheidung in dem Rechtsstreit *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading* spiegelt diesen Ansatz wider.[148] In diesem Fall ging es darum, dass das Schiedsgericht eine überarbeitete Version der Schiedsregeln anwandte, die nicht mit der von den Parteien referenzierten Schiedsordnung übereinstimmte. Nach Auffassung des zuständigen Gerichts rechtfertigte dies indes nicht, die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen. Das Gericht stützte sich insoweit zum einen auf eine Auslegung der Parteivereinbarung. Nach Auffassung des Gerichts konnte diese auch dahingehend ausgelegt werden, dass die vom Schiedsgericht angewandte Schiedsordnung noch von der Parteivereinbarung gedeckt war.[149] Zum anderen führte das Gericht aus, dass eine Abweichung von einer Parteivereinbarung nur dann die mangelnde Anerkennung und Vollstreckung rechtfertigen würde, wenn die Parteien in qualifiziertem Maße hierdurch benachteiligt worden seien.[150] Dieser Ansatz ist auch von einigen US-Gerichten gewählt worden, die in ihren Entscheidungen darauf abgestellt haben, ob die Abweichung von Parteivereinbarungen erhebliche Nachteile für die Parteien nach sich zog.[151]

Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen gibt es jedoch auch Gerichte, die in ihrer Judikatur strengere Maßstäbe angelegt haben und Schiedssprüche bereits dann aufgehoben bzw. ihnen die Anerkennung und Vollstreckung versagt haben, wenn sie gegen Parteivereinbarungen verstoßen haben. Diese Gerichte haben mithin nicht die Schwere der Verletzung oder den Kausal-

---

[147] Vgl. *Borris/Hennecke* (Fn. 135) Art. V Rn. 319 (mit Kritik am "gravity"-Test).

[148] *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading,* High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 20.1.1997, Y.B. Com. Arb. XXIV (1999) 732.

[149] *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading,* Y.B. Com. Arb. XXIV (1999) 732, Rn. 13.

[150] *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading,* Y.B. Com. Arb. XXIV (1999) 732., Rn. 14 ff.

[151] Vgl. *Compagnie des Bauxites de Guinee v. Hammermills Inc.*, United States District Court, District of Columbia, 29.5.1992, Y.B. Com. Arb. XVIII (1993) 566, Rn. 11 ("The court does not believe that Article V(1)(d) was intended […] to permit reviewing courts to police every procedural ruling made by the arbitrator and to set aside the award of any violation of the ICC procedures is found. Such an interpretation would directly conflict with the 'pro-enforcement' bias of the Convention and its intention to remove obstacles to confirmation of arbitral award. […]. Rather, the court believes that a more appropriate standard of review would be to set aside an award based on a procedural violation only such violation [caused] substantial prejudice to the complaining party"). Für einen ähnlichen Ansatz, vgl. auch *O.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company and others,* United States District Court, Southern District of New York, 92 Civ. 4623 (MGC), 21.12. 1992, Y.B. Com. Arb. XIX (1994) 788, 790.

zusammenhang zwischen der Abweichung von der Parteivereinbarung und dem erzielten Schiedsspruch geprüft. Als Beispiel mag die Entscheidung *Polimaster Ltd. et al. v. RAE Systems, Inc.* herangezogen werden. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die weißrussische Firma Polimaster hatte mit der US-amerikanischen Firma RAE eine Schiedsvereinbarung getroffen, der zufolge der Schiedsort am Hauptgeschäftsort des jeweiligen Beklagten sein sollte.[152] Polimaster erhob am Schiedsort Kalifornien eine Schiedsklage gegen RAE, woraufhin RAE eine Gegenklage erhob. Polimaster hielt dem entgegen, der Schiedsort für die Gegenklage liege in Weißrussland. Das Schiedsgericht wies diesen Einwand zurück und setzte sich damit über die Parteivereinbarung hinweg, der zufolge der Schiedsort stets am Wohnsitz des Beklagten liegen sollte. Zur Begründung berief es sich auf Grundsätze der Fairness, der Verfahrenskonzentration und auf Effizienzerwägungen. Hiermit sei es unvereinbar, wenn ein einredebehafteter Anspruch vor einem Schiedsgericht in Kalifornien und Gegenansprüche mit fast gleichem Inhalt vor einem Schiedsgericht in Weißrussland verhandelt würden.[153] Diese Entscheidung wurde anschließend jedoch aufgehoben. Zur Begründung führte das zuständige Gericht aus, dass die mangelnde Effizienz einer Parteivereinbarung kein Grund sei, diese außer Acht zu lassen. Auch ineffiziente Parteivereinbarungen müssten respektiert werden.[154] Der Schiedsspruch könne auch nicht unter Hinweis auf das weite Ermessen von Schiedsgerichten aufrechterhalten werden.[155] Denn durch die Parteivereinbarung sei die Entscheidungsgewalt des Schiedsgerichts zur Frage des Schiedsortes aufgehoben worden.[156] Ein ähnlicher Ansatz spiegelt sich auch in einer Entscheidung der Pariser Cour d'Appel aus dem Jahre 1995 wider. Das Pariser Gericht entschied hier, dass die mangelnde Einhaltung einer von den Parteien getroffe-

---

[152] *Polimaster Ltd.; NA&SE Trading Co., Limited v. RAE Systems, Inc.*; No. 08-15708 D.C. No. 05-CV-01887-JF, 28.9.2010.

[153] *Polimaster Ltd.; NA&SE Trading Co., Limited v. RAE Systems, Inc.* (Fn. 152) 16556 (das Schiedsgericht zitierend).

[154] *Polimaster Ltd.; NA&SE Trading Co., Limited v. RAE Systems, Inc.* (Fn. 152) 16565 ("[I]t is true that it may be inefficient to have multiple arbitrations regarding the parties' dealings in different fora before different arbitrators. […] But we cannot override the express terms of the party's agreement, because parties are free to agree to inefficient arbitration procedures").

[155] *Polimaster Ltd.; NA&SE Trading Co., Limited v. RAE Systems, Inc.* (Fn. 152) 16566 ("We cannot therefore, 'overlook agreed-upon arbitral procedure' in favour of the enforcement of an arbitration award").

[156] *Polimaster Ltd.; NA&SE Trading Co., Limited v. RAE Systems, Inc.* (Fn. 152) 16566 ("[T]he parties agreement effectively removed the decision regarding forum from the procedural decisions delegated to the arbitrator. The arbitrator could not override the parties' express agreement in favour of general procedural rules").

nen Vereinbarung über die Fristen für die Verkündung des Schiedsspruchs einen Verstoß gegen den *ordre public* darstelle.[157]

Eine derart strikte Durchsetzung von Parteivereinbarungen bleibt jedoch weiterhin eine Ausnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. In der großen Mehrzahl der Fälle überprüfen Gerichte, ob eine Abweichung von einer Vereinbarung der Parteien ernste und erhebliche Beeinträchtigungen ausgelöst hat oder ob ein Kausalzusammenhang zwischen dem Abweichen von der Parteivereinbarung und dem Ergebnis des Schiedsverfahrens vorliegt. Mithin wird nicht jedes Außerachtlassen einer Parteivereinbarung effektiv sanktioniert. Die Kontrolle der Parteien über die Entscheidungsgewalt der Schiedsrichter hat somit Grenzen.

V. Einschränkungen der Parteiautonomie im Interesse der Schiedsinstitutionen

Wie bereits erwähnt, gehören auch Schiedsinstitutionen zu den Akteuren, die von einem Schiedsverfahren betroffen sein können.[158] Es gibt eine Vielzahl von Schiedsinstitutionen, die ihre Dienstleistungen auf dem Gebiet der Streitbeilegung anbieten. Um eine effiziente Durchführung und Administrierung von Schiedsverfahren zu garantieren, haben diese Schiedsinstitutionen Schiedsregeln geschaffen, die den Rahmen für die Schiedsverfahren festlegen. Wenngleich Schiedsregeln typischerweise die Parteiautonomie respektieren und den Parteien eine beträchtliche Flexibilität zugestehen, die Verfahren ganz nach ihren Bedürfnissen zu gestalten,[159] bestehen auch insoweit Grenzen. So verwalten verschiedene Schiedsinstitutionen Schiedsverfahren lediglich unter bestimmten Bedingungen.[160]

---

[157] Paris Cour d'Appel 22.9.1995, Société Dubois & Vanderwalle S.A.R.L. v Société Boots Frites BV (Netherlands), no. 94.4957 ("Mais considérant que le principe selon lequel le délai directement fixé par les parties, dans lequel, comme en l'espèce, les arbitres doivent accomplir leur mission, ne peut être prorogé par les arbitres eux-mêmes, traduit une exigence de l'ordre public aussi bien interne qu' international en ce qu' il est inherent au caractère contractuel de l'arbitrage"). Vgl. auch *Mantilla Serrano,* Arb. Int'l 20 (2004) 333, 347.

[158] Vgl. auch *Horacio Grigera Naón,* The Powers of the ICC International Court of Arbitration vis-à-vis Parties and Arbitrators, Special Supplement 1999: Arbitration in the Next Decade: Proceedings of the International Court of Arbitration's Anniversary Conference (Paris 1999) 55–71, 55 ff.; *Andrea Carlevaris,* Limits to Party Autonomy and Institutional Rules, in: Ferrari, Limits to Party Autonomy (Fn. 11) 1–36, 1 ff.

[159] Vgl. *Carlevaris,* Limits (Fn. 158) 19.

[160] Vgl. auch *Yves Derains/Eric Schwartz,* A Guide to the ICC Rules of Arbitration (Aalphen an den Rijn 2005) 6–7; *Arroyo,* Arbitrators' Procedural Powers (Fn. 118) 204; *Fry et al.,* The Secretariat's Guide (Fn. 143) 18.

Gemäß Artikel 19 der seit dem 1. März 2017 geltenden Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer (ICC-Regeln) können Parteien zum Beispiel eine von der Schiedsordnung abweichende Vereinbarung über das Schiedsverfahren nur treffen, „soweit diese keine Regeln enthält".[161] Auch wenn diese Bestimmung sehr flexibel gehandhabt wird,[162] gibt es einige Bestimmungen der ICC-Schiedsgerichtsordnung, von denen nicht abgewichen werden kann.[163] Hierzu gehören insbesondere jene Bestimmungen, die die Rolle des Gerichtshofes als ein Verwaltungsorgan mit bestimmten Befugnissen über das Schiedsverfahren festlegen.[164] Der Gerichtshof entscheidet zum Beispiel über die Bestätigung oder Ernennung von Schiedsrichtern, um eine gewisse Art der Qualitätskontrolle bei der Konstituierung des Schiedsgerichts auszuüben. In verschiedenen Fällen, in denen die Parteien versucht haben, diese Qualitätssicherung zu umgehen, hat die ICC die Administrierung des Schiedsverfahrens verweigert.[165] Dies stellt eine Einschränkung der Parteiautonomie dar, die zumindest auch dem Interesse der ICC an Qualitätssicherung der von der ICC administrierten Verfahren dient. Die Befugnisse des Gerichtshofes sind aber bekanntermaßen nicht auf die Konstituierung des Schiedsgerichts beschränkt. Der Gerichtshof hat auch Entscheidungsbefugnis über die Fristen, innerhalb derer das Schiedsgericht den Schiedsspruch zu erlassen hat.[166] Zwar verweigert der Gerichtshof selten eine Fristverlängerung, gelegentlich verhängt er jedoch kürzere Fristen als vom Schiedsgericht erwünscht.[167] Der Gerichtshof trägt auf diese Weise zur Effizienz des Verfahrens bei. Am Ende eines Schiedsverfahrens ist der Gerichtshof auch für eine Prüfung des Schiedsspruchs des Schiedsgerichts zuständig.[168] Diese Prüfung zielt darauf ab, die rechtliche Wirksamkeit von Schiedssprüchen zu erhöhen und Mängel zu identifizieren, die möglicherweise eine Vollstreckung des Schiedsspruchs gefährden könnten.[169] Insoweit handelt es sich um ein weiteres für die Parteien bindendes Merkmal, welches nicht nur den Parteien, sondern auch den übergeordneten Interessen an der Qualitätssicherung der von der ICC administrierten Verfahren dient.[170] Über die Mitwirkung des Gerichtshofs hinaus gibt es weitere als verbindlich angesehene Aspekte der ICC-

[161] Art. 19 ICC-Regeln.

[162] Vgl. *Fry et al.,* The Secretariat's Guide (Fn. 143) 209 ff.

[163] Vgl. *Robert H. Smit,* Mandatory ICC Arbitration Rules, in: Liber Amicorum Robert Briner (Paris 2005) 845–870, 845 ff.; *Carlevaris,* Limits (Fn. 158) 19 ff.

[164] Art. 1 ICC-Regeln und Appendix I zu den ICC-Regeln.

[165] *Arroyo,* Arbitrators' Procedural Powers (Fn. 118) 205.

[166] *Arroyo,* Arbitrators' Procedural Powers (Fn. 118) 205.

[167] *Fry et al.,* The Secretariat's Guide (Fn. 143) 315 ff.

[168] Vgl. *Smit,* Mandatory ICC Arbitration Rules (Fn. 163) 865.

[169] *Fry et al.,* The Secretariat's Guide (Fn. 143) 327 ff.

[170] *Carlevaris,* Limits (Fn. 158) 28 ff.

Schiedsgerichtsbarkeit, wie etwa die Regelung für die Verwaltungskosten[171] oder die Verpflichtung, zu Beginn des Schiedsverfahrens einen Schiedsauftrag[172] zu unterschreiben.

Die ICC ist nicht die einzige Institution, deren Schiedsregeln derartige zwingende Bestimmungen enthalten. Ähnliche Einschränkungen der Parteiautonomie finden sich auch in den Regeln anderer Schiedsinstitutionen wieder. Zum Beispiel sehen die Regeln des Singapore International Arbitration Centre („SIAC-Regeln") in ihrer seit dem 1. August 2016 geltenden Fassung in bestimmten Fällen die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens vor.[173] Beschleunigte Verfahren zeichnen sich dadurch aus, dass (i) das Sekretariat Fristen verkürzen kann, (ii) im Allgemeinen der Fall auf einen Einzelschiedsrichter verwiesen wird, (iii) das Schiedsgericht die Streitsache auf Grundlage von Beweisdokumenten entscheiden kann, (iv) der endgültige Schiedsspruch innerhalb von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der Bildung des Schiedsgerichts zu erlassen ist und (v) das Schiedsgericht die Gründe für die Entscheidung in zusammengefasster Form angeben kann.[174] Die Bestimmungen über ein beschleunigtes Verfahren sind verbindlich. Die SIAC-Regeln sehen ausdrücklich vor, dass ein beschleunigtes Verfahren auch in Fällen zur Anwendung kommen kann, in denen die Schiedsvereinbarung andere Regelungen vorsieht.[175]

Solche zwingenden Bestimmungen helfen den Schiedsinstitutionen beim Aufbau eines Gütesiegels bzw. einer „Marke". Sie stellen sicher, dass Schiedsinstitutionen bestimmten Qualitäts- und Effizienzansprüchen gerecht werden können. Die Transaktionskosten für die Identifizierung einer seriösen Schiedsinstitution werden für die Marktteilnehmer dadurch reduziert.[176]

Technisch gesehen sind diese zwingenden Bestimmungen jedoch nur privater Natur.[177] Sie werden nicht von einem Staat, sondern von den jeweiligen Schiedsinstitutionen geschaffen und ihre Geltung wird legitimiert durch die

---

[171] Vgl. *Carlevaris,* Limits (Fn. 158) 22 ff.; *Smit,* Mandatory ICC Arbitration Rules (Fn. 163) 866.

[172] Vgl. *Smit,* Mandatory ICC Arbitration Rules (Fn. 163) 862 ff. – kritisch hinterfragend, ob das Erfordernis eines Schiedsauftrages zwingender Natur sei.

[173] Art. 5.2 der SIAC-Regeln, abrufbar unter <http://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016#siac_rule5> (Abruf 12.2.2017).

[174] Art. 5.2 der SIAC-Regeln (Fn. 173).

[175] Artikel 5.3 der SIAC-Regeln (Fn. 173).

[176] Vgl. *Fry et al.,* The Secretariat's Guide (Fn. 143) 66 ("The value and benefits of ICC arbitration do not arise solely from the content of its rules, but also from the ICC's know-how in applying the Rules and administering arbitrations, the experience of the court and Secretariat, the quality of the staff, and trust placed in arbitration under the ICC banner").

[177] *Arroyo,* Arbitrators' Procedural Powers (Fn. 118) 204 ff.

autonome Entscheidung der Parteien, ein Schiedsverfahren durchzuführen.[178] Durch die Wahl von Schiedsregeln wie jenen der ICC oder des SIAC unterwerfen sich die Parteien freiwillig einem Regelwerk, das ihrer Parteiautonomie im Übrigen Grenzen setzt.

Freilich gelten für die Durchsetzung der zwingenden Bestimmungen von Schiedsinstitutionen aufgrund ihrer privaten Natur andere Grundsätze als für die Durchsetzung von staatlich gesetzten zwingenden Bestimmungen. So muss eine Bestimmung, die im Rahmen einer Schiedsordnung zwingend ist, nicht unbedingt auch nach Auffassung eines staatlichen Gerichts durchsetzbar oder gar zwingender Natur sein. Die französischen Gerichte bestätigten dies u.a. in der *Nykcool*-Entscheidung, in der sie über die Aufhebung eines Schiedsspruchs entscheiden mussten, der nach den Regeln der Chambre Arbitrale Maritime de Paris erlassen worden war.[179] Die Schiedsgerichtsordnung sah vor, dass die Anfechtung eines Schiedsrichters innerhalb von 15 Tagen nach Einleitung des Schiedsverfahrens anhängig gemacht werden musste, unabhängig davon, ob die entsprechende Partei Kenntnis von den Umständen hatte, die zu diesem Zeitpunkt zu einer Anfechtung geführt hätten. Das Berufungsgericht stellte insoweit fest, dass eine solche Frist von 15 Tagen unwirksam war. Diese Entscheidung hat der Kassationshof in letzter Instanz bestätigt.[180]

Die Möglichkeit von Schiedsinstitutionen, über die Einhaltung der von ihnen geschaffenen Schiedsordnungen zu wachen, stößt ferner an Grenzen, wenn die Parteien vereinbaren, ein Schiedsverfahren nach bestimmten Schiedsregeln von einer fremden Schiedsinstitution administrieren zu lassen.[181] Was wie ein konstruiertes Lehrbuchbeispiel klingt, ist tatsächlich in der Praxis vorgekommen. So hatte das Berufungsgericht Singapurs in der Entscheidung *Insigma v. Alstom* eine Schiedsvereinbarung zu beurteilen, der zufolge das SIAC als Schiedsinstitution ein Schiedsverfahren unter den ICC-Regeln verwalten sollte.[182] Das Schiedsgericht hatte die Gültigkeit der Schiedsverein-

---

[178] Vgl. *Carlevaris,* Limits (Fn. 158) 22 (“the notion of ‘mandatory’ provisions of arbitration rules […] is of course a misnomer, because, as mentioned, the rules are applicable by virtue of the parties’ will and are not legal in nature”).

[179] Cour d’Appel de Paris 30.10.2012, Chambre Arbitrale Maritime de Paris (CAMP) et Generali Iard v Nykcool AB [2013], No 11/08277 8 Gaz Pal 15.

[180] Französischer Kassationshof, Cass. 31.3.2016, no. 14-20396, abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032353128&fastReqId=1377872291&fastPos=1>.

[181] Vgl. allgemein *Anthony Cheah Nicholls/Christopher Bloch,* ICC Hybrid Arbitrations Here to Stay: Singapore Courts’ Treatment of the ICC Rules Revisions in Article 1(2) and 6(2), J. Int’l Arb. 31 (2014) 393–412, 393 ff.

[182] *Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2009] 3 SLR 936; [2009] SGCA 24, Court of Appeal of Singapore 2.6.2009, case reference CA 155/2008 (Die Schiedsklausel lautete: “Any and all such disputes shall be finally resolved by arbitration before the Singapore International Arbitration Centre in accordance with the Rules of

barung auf der Grundlage einer schiedsfreundlichen Position bestätigt. Nach Auffassung des Schiedsgerichts war die Schiedsvereinbarung nicht unwirksam, obwohl sie nicht mit den Schiedsregeln der ICC in Einklang stand. Das Schiedsgericht begründete dies damit, dass die anwendbaren Schiedsregeln und die verwaltende Institution rechtlich getrennt werden könnten. Es stellte des Weiteren fest, dass die Schiedsvereinbarung nicht unausführbar war, da das SIAC zugestimmt hätte, *mutatis mutandis* die Funktionen des ICC-Sekretariats, des ICC-Generalsekretärs und des ICC-Gerichtshofs durch das SIAC-Sekretariat, den SIAC-Generalsekretär und den SIAC-Gerichtshof wahrzunehmen. Das Berufungsgericht Singapurs folgte dieser Begründung. Das Gericht stützte sich insoweit auf den Grundsatz der effektiven Auslegung.[183] Das Gericht fand Unterstützung für seine Position in der privatautonomen Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit, der lediglich durch zwingendes Recht wie den *ordre public* Grenzen gesetzt seien.[184] Soweit der Anspruchssteller vorgetragen hatte, es sei inakzeptabel, ein Schiedsverfahren durchzuführen, das nicht der „Marke" eines ICC-Schiedsverfahrens gerecht werde, wies das Gericht dies zurück. Nach Auffassung des Gerichts bestand kein Anhaltspunkt dafür, dass sich die Parteien im Zeitpunkt der Vereinbarung der Schiedsvereinbarung der unterschiedlichen „Marken" der Schiedsinstitutionen nicht bewusst gewesen waren.[185] Vielmehr hätten sie sich in Kenntnis der Unterschiede zwischen ICC- und SIAC-Schiedsverfahren auf die Schiedsklausel geeinigt.

Ein ähnlich schiedsfreundlicher Ansatz findet sich in einer weiteren Entscheidung des Berufungsgerichts von Singapur aus dem Jahre 2013.[186] Hierin hielt das Gericht eine Schiedsvereinbarung aufrecht, der zufolge Streitigkeiten vom „arbitration committee" Singapurs unter den ICC-Regeln mit finalen und bindenden Schiedssprüchen entschieden werden sollten.[187] Wenngleich das Gericht feststellte, dass es Unsicherheit darüber gebe, welche

---

Arbitration of the International Chamber of Commerce then in effect and the proceedings shall take place in Singapore and the official language shall be English.").

[183] *Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* (Fn. 182) Rn. 33 ("[W]here the parties have evinced a clear intention to settle any dispute by arbitration, the court should give to such intention, even if certain aspects of the agreement may be ambiguous, inconsistent, incomplete or lacking in certain particulars […] So long as the arbitration can be carried out without prejudice to the rights of either party and so long as giving effect to such intention does not result in an arbitration that is not within the contemplation of either party").

[184] *Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* (Fn. 182) Rn. 34.

[185] *Insigma Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* (Fn. 182) Rn. 36.

[186] *HKL Group Co Ltd v. Rizq International Holdings PTE Ltd* [2013] SGHCR 5, case reference 972 of 2012/P, 19.2.2013; für Stellungnahmen hierzu vgl. *Jason Fry,* HKL Group Ltd v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. and HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte Ltd., J. Int. Arb. 30 (2013) 453–461, 453 ff.

[187] *HKL Group Co Ltd v. Rizq International Holdings PTE Ltd* (Fn. 186) Rn. 1.

Schiedsinstitution das Verfahren verwalten würde, stellte es fest, dass sich die Parteien an jede Schiedsinstitution in Singapur wenden könnten, die in der Lage wäre, das Verfahren nach den ICC-Regeln zu führen.[188]

Eine ähnliche Position findet sich auch in einer Entscheidung eines New Yorker Gerichts aus dem Jahre 2014.[189] In dem zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um eine Schiedsvereinbarung, der zufolge ein Schiedsverfahren nach den Regeln der ICC von der American Arbitration Association administriert werden sollte. Das Gericht betrachtete diese Schiedsvereinbarung als wirksam. Es wies darauf hin, dass die Parteien erforderlichenfalls gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen könnten, um Probleme zu überwinden, die sich bei der Durchführung eines Schiedsverfahrens nach den ICC-Regeln unter Administrierung der American Arbitration Association ergeben könnten. Im Fall, dass die American Arbitration Association sich weigere, ein Schiedsverfahren nach den ICC-Regeln durchzuführen, sei die Schiedsvereinbarung im Übrigen nicht in ihrer Gesamtheit unwirksam. Vielmehr müsste in diesem Fall der Verweis auf die ICC-Regeln gestrichen und die Schiedsvereinbarung im Übrigen aufrechterhalten werden. Die Parteien könnten dann ein Verfahren gemäß den von der American Arbitration Association festgelegten Regeln durchführen.

Ein weiteres Beispiel einer derart schiedsfreundlichen Haltung spiegelt sich in einer französischen Entscheidung aus dem Jahre 2010 wider.[190] Zwei Parteien hatten in einem Lizenzvertrag eine ICC-Schiedsklausel vereinbart. Allerdings hatten sich die Parteien darauf geeinigt, von einigen Kernbestimmungen der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit abzuweichen und die Einbeziehung des Gerichtshofes bei der Konstituierung des Schiedsgerichts und bei der Prüfung von Schiedssprüchen abzubedingen. Die ICC lehnte es daraufhin ab, den Fall zu administrieren. Dies hatte jedoch nicht die Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge. So entschied das Tribunal de Grande Instance, dass es bei der Konstituierung des Schiedsgerichts und der weiteren Durchführung des Schiedsverfahrens unterstützend tätig werden könne.

Auch wenn die vorgenannten Entscheidungen Ausdruck einer schiedsfreundlichen Haltung sind, sollten sich Parteien nicht ermutigt sehen, von den Kernbestimmungen institutioneller Schiedsregeln abzuweichen oder die Administrierung von Schiedsregeln durch eine fremde Schiedsinstitution zu vereinbaren.[191] Denn selbst wenn derartige Schiedsvereinbarungen aufrechterhalten werden, ist die Durchführung derartiger Verfahren fehleranfällig. In dem Fall

---

[188] *HKL Group Co Ltd v. Rizq International Holdings PTE Ltd* (Fn. 186) Rn. 28.

[189] *Exxon Neftegas Ltd. v. WoleyParsons Ltd.,* Index No. 654405/2013, counter order of 14 March 2014.

[190] Tribunal de Grande Instance 22.1.2010, *Samsung Electronics Co. Ltd. v. M. Jaffe, Administrateur-liquidateur de la société Qimonda AG.*

[191] Vgl. auch *Carlevaris,* Limits (Fn. 158) 22 ff.

Insigma v. Alstom verweigerte ein chinesisches Gericht z.B. die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs mit der Begründung, dass die Zusammensetzung des Schiedsgerichts nicht der Vereinbarung der Parteien entsprach. Der vorsitzende Schiedsrichter war von den beiden Co-Schiedsrichtern ernannt worden, so wie in den SIAC-Regeln vorgesehen, und war nicht im Einklang mit den ICC-Regeln vom ICC-Gerichtshof ernannt worden.[192] Dies stellte einen Fehler dar, der nach Auffassung des chinesischen Gerichts die Nichtanerkennung und Nichtvollstreckung des Schiedsspruchs rechtfertigte.

Im Ergebnis ist somit zu konstatieren, dass es auch Schranken der Parteiautonomie gibt, die von Schiedsinstitutionen auferlegt werden. Trotz der Flexibilität vieler Schiedsordnungen sind einige ihrer Bestimmungen nicht dispositiv. Diese zwingenden Bestimmungen sind privater Natur; sie können durchgesetzt werden, indem Schiedsinstitutionen sich weigern, das betreffende Verfahren zu administrieren.

VI. Fazit

Der vorliegende Beitrag hat aufgezeigt, dass der Parteiautonomie in Schiedsverfahren Grenzen gesetzt sind. Sicherlich gibt es neben den hier behandelten Fallkonstellationen weitere Beispiele für derartige Schranken der Parteiautonomie; der vorliegende Beitrag erhebt insoweit keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Das Anliegen der Autoren war es vielmehr dazulegen, dass die Schranken der Parteiautonomie unterschiedliche Zielrichtungen haben und ihren Ursprung in einem Beziehungsgeflecht verschiedener Akteure haben.

Man kann geteilter Auffassung sein, welche Schlüsse aus dieser Erkenntnis zu ziehen sind. In der Literatur werden gemeinhin mindestens drei Modelle der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterschieden: Ein vertragliches Modell identifiziert den Willen der Parteien als Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit.[193] Ein justizielles Modell erkennt an, dass Schiedsrichter auch in Rechtsbeziehungen zur Allgemeinheit als solcher stehen.[194] Nach einem Konstitutionalisierungsmodell soll die Schiedsgerichtsbarkeit demgegenüber Teil einer internationalen wirtschaftlichen Ordnung geworden sein.[195]

---

[192] *Alstom Technology Ltd. v. Insigma Technology Co. Ltd.,* Intermediate People's Court of Hangzhou, 6.2.2013, Y.B. Comm. Arb. XXXIX (2014) 380 ff.

[193] *Alex Stone Sweet/Florian Grisel,* The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance, in: Mattli/Dietz, International Arbitration and Global Governance (Fn. 110) 22–46, 31.

[194] *Sweet/Grisel,* Evolution (Fn. 193) 31.

[195] *Sweet/Grisel,* Evolution (Fn. 193) 34; vgl. auch *Renner,* Private Justice (Fn. 110) 133 ("The concept of transnational public policy can be considered the starting point of a constitutionalization of international commercial arbitration, and it is exactly the interplay between its negative and its positive functions which enables the process of constitutional-

Die Autoren des vorliegenden Beitrages erkennen an, dass eine rein vertragliche Begründung der Schiedsgerichtsbarkeit, in welcher die unabhängigen Entscheidungen der Parteien sakrosankt sind, die existierenden Schranken der Parteiautonomie nicht angemessen widerspiegelt.[196] Die justiziellen bzw. Konstitutionalisierungsmodelle laufen demgegenüber Gefahr, die parteiautonome Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit zu sehr in den Hintergrund zu drängen. Im schlimmsten Fall führen sie zu einer unerwünschten Assimilation internationaler Schiedsverfahren mit Rechtsstreitigkeiten in innerstaatlichen Rechtsordnungen vor ordentlichen Gerichten.[197]

Es bedarf daher weiterer Überlegungen, um die internationale Schiedsgerichtsbarkeit angemessen zu konzeptualisieren. Aus Sicht der Autoren muss ein solches Modell nicht nur die Schlüsselrolle der Parteiautonomie im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit widerspiegeln, sondern auch die Schranken dieser Parteiautonomie. Die Anerkennung dieser Grenzen schützt die Schiedsgerichtsbarkeit vor Legitimitätskrisen und trägt dazu bei, sie als Instrument für die Beilegung internationaler Handelsstreitigkeiten aufrechtzuerhalten.

ization. […] [T]he term shall be used in a functional way as referring to two distinct features of modern legal orders: (1) a hierarchy of norms, and (2) the 'structural coupling' of law and politics").

[196] *Ghodoosi,* International Commercial Law (Fn. 98) 57.

[197] Vgl. *Renner,* Private Justice (Fn. 110) 138 ("With regard to the governance function of international commercial arbitration, this assimilation of arbitral practice to domestic legal systems is of foremost importance").

Teil IV

Grundlagen und Rechtsvergleichung

Mehr Freiheit wagen im religiösen Recht

Formfreiheit im iranischen Testamentsrecht

Nadjma Yassari *

I. Einführung

Das Wagnis der Freiheit im religiösen Recht lädt zu einem interessanten Gedankenspiel ein: Ist das religiöse Recht in der Lage, für die privatautonome Lebensgestaltung des Einzelnen dort Räume zu eröffnen, wo das nicht-

* Die Autorin möchte sich bei Khashayar Biria und Dominik Krell für die zahlreichen Anregungen und den wissenschaftlichen Gedankenaustausch bedanken, die bei der Anfertigung dieses Beitrages sehr hilfreich waren.

religiöse Recht diese verschlossen hat? Diese Frage ist insofern reizvoll, als beim Begriff des religiösen Rechts eher Assoziationen mit Verboten und strikten Vorgaben hervorgerufen werden, der religiöse Rechtsrahmen somit als ein die Gestaltungsfreiheit des Menschen einschränkender Raum empfunden wird. Dass dem aber nicht immer so ist, zeigt die Prominenz der Vertragsfreiheit im islamischen Recht, wie es auch Professor Basedow bei seinem Aufenthalt zusammen mit seiner Frau 2007 im Iran persönlich erfahren konnte. Im Zentrum der schiitischen Geistlichkeit in der westiranischen Stadt Qom nahmen wir an einer Konferenz zum Thema der Vertragsfreiheit teil, bei der – zum Erstaunen von Herrn Basedow – das Familienrecht im Zentrum stand. Prominent im islamischen Privatrecht ist auch der Grundsatz der Formfreiheit, der über das Familienrecht hinaus auch im Schuldvertragsrecht herrscht.

Zur Untersuchung der Frage aber, ob das religiöse Recht freiheitsliebend oder freiheitsbegrenzend ist, habe ich den Bereich des Erbrechts ausgesucht und das iranische Recht als Beispielsfall. Nun liegt das Hauptaugenmerk des wissenschaftlichen Schaffens von *Jürgen Basedow* nicht auf dem Erbrecht, wenn auch seine Schüler prominent dazu veröffentlicht haben. Er wandte sich eher lebensbejahenden Themen zu. Auch das iranische Recht ist nicht sein Steckenpferd, gleichwohl er einen Sammelband zum iranischen Recht herausgegeben hat. Allerdings scheint es eine geheimnisvolle Verbindung zwischen Herrn Basedows Jubilar-Geburtstagen und dem iranischen Erbrecht zu geben. Zu seinem 60. Geburtstag 2009 hat der iranische Gesetzgeber, erstmalig überhaupt seit der Kodifikation seines Zivilgesetzbuches, die Normen des Erbrechtes novelliert und den Erbteil der überlebenden Witwe erweitert. Zu seinem 68. Geburtstag nun ist mit einer neuen Entscheidung des Obersten Verwaltungsgerichts die Rechtslage bezüglich der Nachlassabwicklung wieder verändert worden. Dieser Rechtslage möchte ich mich im Folgenden zuwenden.

II. Das iranische Erbrecht

Das Erbrecht gehört zu den Rechtsgebieten, die in den nationalen Rechtsordnungen islamischer Länder wenig gesetzgeberische Beachtung erfahren haben. Sofern das materielle Erbrecht überhaupt in kodifiziertes Recht überführt worden ist, sind die Regelungen aus den islamischen Quellen der jeweiligen Rechtsschulen mit nur wenigen Reformen rezipiert worden.[1] Der Iran ist hiervon keine Ausnahme. 1928 wurde das materielle Erbrecht in das

[1] Zu den durchgeführten Reformen siehe *Nadjma Yassari,* Intestate Succession in Islamic Countries, in: Comparative Succession Law, hrsg. von Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann, Bd. II: Intestate Succession (Oxford 2015) 421–441.

Zivilgesetzbuch als *verbatime* Übernahme schiitischer Regelungen kodifiziert und blieb bis 2009 fast vollständig unverändert. 2009 erfolgte eine erste materiell-rechtliche Reform im Bereich des Ehegattenerbrechts, mit der der Erbteil der Ehefrau auf den gesamten Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes erweitert wurde.[2]

Auf der verfahrensrechtlichen Seite der Nachlassabwicklung und bezüglich der Formvorschriften im Recht der letztwilligen Verfügungen erließ der iranische Gesetzgeber hingegen recht früh eine umfassende Kodifikation europäischer Prägung. 1939 wurde ein erstes Gesetz betreffend die Form der Errichtung von letztwilligen Verfügungen[3] erlassen, das 1940 in das Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit (FGG)[4] überführt wurde. Dieses regelt unter anderem *en detail* die Erbauseinandersetzung und enthält Formvorschriften zur Errichtung letztwilliger Verfügungen, die den damaligen Regelungen des französischen Code civil entnommen sind. Gleichzeitig flossen in das FGG aber auch Regelungen islamischer Provenienz ein. Diese Gemengelage zwischen französischem und islamischem Recht wirft interessante Fragen auf:[5] Wie steht es mit der Kohärenz des iranischen Testamentsrechts? Wie ist die Rechtsnatur der dem französischen Recht entliehenen Formvorschriften im iranischen Recht zu bewerten? Welche Folgen ergeben sich für die rechtlich zulässige Verfassung einer letztwilligen Verfügung?

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie im Iran mit dieser Gemengelage zwischen rezipiertem französischen und tradiertem islamischen Recht umgegangen worden ist und wie die Lücken und Fragen, die durch die Interaktion dieser beiden Rechtsquellen aufgeworfen werden, geschlossen bzw. beantwortet worden sind. Dies soll durch eine Analyse der Entwicklungen im Gesetzesrecht, in der Lehre und in der Rechtsprechung nachgezeichnet werden, um zu prüfen, ob diese Entwicklung exemplarisch für die Kraft des religiösen Rechts steht, neue Räume für die parteiautonome Gestaltung eigener Belange zu schaffen. Mit anderen Worten, sie soll als Beispiel fungieren, wie mit religiösem Recht mehr Freiheit im Erbrecht gewagt worden ist.

---

[2] Vgl. *Nadjma Yassari,* Die iranische Reform des Ehegattenerbrechts – Ein Beispiel für die Wandelbarkeit des islamischen Rechts, RabelsZ 73 (2009) 985–1004.

[3] Gesetz über die Form der Errichtung letztwilliger Verfügungen [*qānūn-e rāǧe*[c] *be ṭarz-e tanẓīm-e vaṣīyat-nāme*] vom 12.2.1939, abrufbar unter <www.majlis.ir>.

[4] Das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit [*qānūn-e omūr-e ḥesbī*] vom 22.6.1940, Gesetzessammlung des Jahres 1319 (1940–1941), 59–138.

[5] Zum Spannungsverhältnis zwischen rezipiertem französischen und traditionellem islamischen Recht im iranischen Schuldvertragsrecht, siehe *Darya Alikhani Chamgardani,* Der Allgemeine Teil des iranischen Schuldvertragsrechts (Frankfurt am Main 2013).

III. Form und Freiheit von Formerfordernissen im islamischen Recht

1. Die Formfreiheit als Maxime des islamischen Rechts

Ein hervorstechendes Merkmal des islamischen Privatrechts ist die Formfreiheit. Nach der ganz herrschenden Meinung[6] in den Rechtsschulen kommen Rechtsgeschäfte durch den erklärten Willen der Parteien zustande, ohne dass etwaige Formvorschriften einzuhalten wären.[7] Zwar wird oftmals die Schriftform aus Beweisgründen und für die Rechtssicherheit empfohlen,[8] diese hat aber grundsätzlich keine Auswirkung auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes. Die Formfreiheit wird zum einen auf textuelle, koranische Argumente[9] und die Überlieferungen des Propheten (*sunna*) gestützt;[10] zum anderen wird angeführt, dass ein religiöses System wie das des islamischen Rechts dem inneren Willen und der Absicht eine gewichtigere Rolle angedeihen lässt als

---

[6] *Nabil Saleh,* Freedom of Contract: What does it Mean in the Context of Arab Laws?, ALQ 16 (2001) 346–357, 347. Nach einigen Autoren seien zwar keine Formvorschriften einzuhalten, für die Gültigkeit eines Vertrages sei jedoch nach der klassischen Lehre der Ausspruch bestimmter Formeln notwendig. Owsia nennt dies „verbalism“, siehe *Parviz Owsia,* Formation of Contract, a Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian Law (London 1994) 124; so auch *Aron Zysow,* The Problem of Offer and Acceptance: A Study of Implied-in-Fact Contracts in Islamic Law and the Common Law, Clev. St. L. Rev. 34 (1985–1986) 69–77, 76.

[7] *Mohmed Al Fatih Hamid,* Mutual Assent in the Formation of Contracts in Islamic Law, J. Islam. & Comp. L. 7 (1977) 41–53, 43; *Yvon Linant de Bellefonds,* L’autonomie de la volonté en droit musulman, Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence 74 (1958) 87–111, 110; *M. Abdel Gawad,* L’autonomie de la volonté en droit musulman, L’Égypte contemporaine 54 (1963) 105–114, 105; *Chafik Chehata,* Essai d’une théorie générale de l’obligation en droit musulman (Kairo 1936) 41.

[8] Dies wird insbesondere auf Koran 2:282 gestützt. Im Koran-Kommentar von *Yusuf Ali,* The Holy Qur’ān, English translation and commentary by Yusuf Ali, revised and edited by the presidency of Islamic Researchers, IFTA, 1411 H (Saudi-Arabien 1990) 129, wird dazu wie folgt Stellung genommen: „In such cases a written document is recommended, but it is held that the words later on in this verse, that it is ‘juster ... more suitable as evidence, and more convenient to prevent doubts,’ etc., imply that it is not obligatory in law.“; siehe auch *Nabil Saleh,* Origins of the Sanctity of Contracts in Islamic Law, ALQ 13 (1998) 252–264, 263; *ders*., Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws, ALQ 4 (1989) 269–290, 270.

[9] Insbesondere Koran 4:29 und 2:274; siehe *Zysow,* Clev. St. L. Rev. 34 (1985–86) 69, 70; *Owsia,* Formation (Fn. 6) 232 f.; siehe auch *M. E. Hamid,* Islamic Law of Contract or Contracts?, J. Islam. & Comp. L. 3 (1969) 1–10, 7 f.

[10] So etwa „Acts are determined by intents or motives“, „A man is taken by his intent or motive“, „The property of a Muslim is not licit for others to enjoy unless by his consent“, „Believers must observe their engagements“ und „Contract is law for Muslims“, zitiert aus *Owsia,* Formation (Fn. 6) 233.

etwaigen Formalien.[11] Abweichungen vom Grundsatz können somit nur ausnahmsweise dort greifen, wo eine bestimmte Form ausdrücklich für die Wirksamkeit eines Rechtsaktes bestimmt worden ist. Das gilt etwa im sunnitischen Eheschließungsrecht, wonach zwei Zeugen eine Eheschließung bezeugen müssen.[12] Im schiitischen Recht gilt dies für die Ehescheidung: Sie ist nur dann islamrechtlich wirksam, wenn sie vor zwei Zeugen erfolgt. In den Abhandlungen zu letztwilligen Verfügungen indes finden sich solche Ausnahmen nicht.

2. *Das islamische Beweisrecht zur Flankierung der Formfreiheit*

Die Ausübung dieser Formfreiheit soll durch ein weit gefasstes aber strenges Beweisrecht gewährleistet werden: Zugelassen sind insbesondere das Anerkenntnis (*iqrār*), das Zeugnis (*šahāda*), der Schwur (*yamīn, qasam*) und der Indizienbeweis (*qarīna*).[13] Zwar ist der Dokumentenbeweis grundsätzlich zulässig, allerdings wurden in der islamischen Tradition einfache Schriftstücke als leicht fälschbar erachtet, so dass Dokumente eher als Indizienbeweis gewertet werden.[14] Der Zeugenbeweis hingegen genießt einen hohen Stellenwert. Denn mit einem persönlichen Zeugnis bürgt der Mensch mit seiner ganzen Persönlichkeit und Verantwortung vor dem diesseitigen und jenseitigen Gericht.[15] So sollen der gute Leumund und die Ehre des Menschen und die Tatsache, dass die höchste im Koran verankerte Strafe die für Meineid[16] ist, Gewähr dafür bieten, dass Zeugen nicht lügen. Diese Haltung ist vor dem Hintergrund der arabischen Gesellschaft der Vormoderne nachvollziehbar, in der eine Schriftkultur nicht verbreitet war. Das wird an der Bedeutung der mündlichen Überlieferungen und der gesprochenen Dichtung in der arabi-

---

[11] *Owsia,* Formation (Fn. 6) 234; siehe aber auch *Yvon Linant de Bellefonds,* Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman, RIDC 10 (1958) 510–521, 510 f., der die unterschiedlichen Meinungen der sunnitischen Rechtsschulen wiedergibt.

[12] Vgl. Art. 7 der Qadri-Pascha-Kompilation, der ersten umfassenden Kompilation familien- und erbrechtlichen Inhalts hanafitischer Prägung (*al-aḥkām aš-šarᶜīya fī l-aḥwāl aš-šaḫṣīya ᶜalā maḏhab Abī Ḥanīfa an-Nuᶜmān*), verfasst 1875 vom ägypt. Juristen Mohammed Qadri Pascha, in der deutschen Übersetzung von *Hans-Georg Ebert,* Die Qadrî-Pâshâ-Kodifikation, islamisches Personalstatut der hanafitischen Rechtsschule (Frankfurt am Main 2010).

[13] *Baber Johansen,* Signs as Evidence: The Doctrine of Ibn Taymiyya (1263–1328) and Ibn Qayyim Al-Jawziyya (d. 1351) on Proof, Islamic Law and Society 9 (2002) 168–193, 169.

[14] *Émile Tyan,* Le notariat et le régime de la preuve par écrit[2] (Beirut 1959) 6; gleichwohl gibt es auch Stimmen, die Urkunden über Rechtsgeschäfte generell als Anerkenntnis sehen, *ᶜAbd al-ᶜAzīz ad-Duġaiṯir,* aṯar al-kitāba fī iṯbāt al-ḥuqūq [Der Einfluss von Schriftstücken beim Nachweis von Rechten], al-ᶜAdl 42 (2009) 248–260, 257.

[15] Vgl. *Brinkley Messik,* Evidence: From Memory to Archive, Islamic Law and Society 9 (2002) 231–270, 231: „A ‚just' (ᶜadl) witness is the ideal conveyer of truth."

[16] Vgl. Koran 24:4.

schen Literatur verdeutlicht. Die Zugehörigkeit zu einer Kultur der mündlichen Überlieferungen mag auch dazu beigetragen haben, dass Informationen und Erfahrungen besser eingeprägt wurden und auch besser abrufbar blieben.

3. *Das Errichten letztwilliger Verfügungen im islamischen Recht*

a) *Formfreie Errichtung des letzten Willens*

Grundsätzlich gilt für alle islamischen Rechtsschulen, dass letztwillige Verfügungen formfrei errichtet werden dürfen. Die Gelehrten stimmen darin überein, dass eine letztwillige Verfügung mündlich, schriftlich oder durch Zeichen, die den Willen des Verfügenden klar zum Ausdruck bringen, wirksam ist.[17] Strittig ist indes die Frage, ob die Mitwirkung von Zeugen eine Wirksamkeitsvoraussetzung, also eine *condition de forme,* ist oder ob Zeugen lediglich dem Beweisrecht als Instrument zum Nachweis der Existenz einer letztwilligen Verfügung zuzuordnen sind.[18] Grundlage der Kontroverse ist Koran 5:106.[19] Dort heißt es:

> „O ihr, die ihr glaubt! Wenn der Tod an einen von euch herantritt, liegt die Zeugenschaft zum Zeitpunkt der Testamentseröffnung bei euch: (bei) zwei Redlichen unter euch, oder zwei anderen, die nicht zu euch gehören, wenn ihr gerade im Land herumreist und euch das Unglück des Todes trifft."

Spricht der Erblasser sein Testament, liegt es in der Natur der Sache, dass er hierfür ein Gegenüber braucht, das darüber Zeugnis ablegen kann. Bei schriftlichen letztwilligen Verfügungen liegt dies nicht ganz auf der Hand: Insbesondere interpretieren einige sunnitische Rechtsgelehrte den koranischen Vers 5:106 lediglich als eine Empfehlung[20] und nicht als zwingende

---

[17] *Seyyed Moṣṭafā Moḥaqqeq Dāmād,* vaṣīyat[4] [Letztwillige Verfügungen] (Teheran 2009) 198; *Muḥaqqiq Ḥillī,* šarā'iᶜ al-islām [Islamische Scharia], Bd. II, in der persischen Übersetzung von Abūlqāsem Ebn Aḥmad Yazdī (Teheran, Neudruck 1985) 383; *André Colomer,* Droit musulman, Bd. II (Rabat 1968) 194; Tyabji's Muslim Law: The Personal Law of Muslims in India and Pakistan[4], hrsg. von Muhsin Tayyibji (Bombay 1968) 790; *Ḫalīl Ibn Isḥāq al-Ğundī,* al-muḫtaṣar fī l-fiqh [Studien zum islamischen Recht (malikitischer Prägung)], in der französischen Übersetzung von N. Seignette, Code Musulman – Rite Malekite – Statut reelle, texte arabe et nouvelle traduction (Algier 1878) 636, Rn. 2051; *David Santillana,* Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita, Bd. II (Rom 1938) 538, der die Form und den Ausdruck des Willens gleichsetzt: „elemento essenziale del testamento è la forma (*ṣīgah*) o espressione di volontà".

[18] Vgl. *Octave Pesle,* Le testament dans le rite malékite (Rabat 1932) 19; *Asaf Ali Asghar Fyzee,* The Ismaili Law of Wills (London 1933) 25.

[19] Alle Übersetzungen des Korans sind aus: Der Koran – Übersetzung von Rudi Paret[2] (Stuttgart u.a. 1980). Die in Klammern gesetzten Anfügungen sind ebenfalls aus der Originalübersetzung von Paret.

[20] Das islamische Recht kategorisiert das menschliche Verhalten in fünf Gruppen: das Gebotene (*al-wāğib*), das Empfohlene (*al-mandūb*), das rechtlich Neutrale (*al-mubāḥ*), das Verwerfliche (*al-makrūh*) und das Verbotene (*al-ḥarām*), siehe *Ahmad Hasan,* The Prin-

Wirksamkeitsvoraussetzung der letztwilligen Verfügung.[21] In den Abhandlungen zur letztwilligen Verfügung der Rechtsgelehrten werden indes Zeugen nicht als Voraussetzung für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung genannt.[22] Zeugen und der Zeugenbeweis bei der letztwilligen Verfügung werden vielmehr ausführlich in den Kapiteln über die Beweise diskutiert.[23]

b) Besonderheiten im schiitisch-islamischen Recht

Das schiitische Recht stellt zunächst keine Ausnahme von der Regel dar und geht wie die sunnitischen Rechtsschulen von der grundsätzlichen Formfreiheit von Rechtsgeschäften/Rechtsakten aus. Das betrifft die Form von Rechtsgeschäften ganz allgemein, aber auch das Familienrecht, wie etwa das Eheschließungsrecht.

Bei der Form letztwilliger Verfügungen herrschen indes Meinungsunterschiede. Einig sind sich die schiitischen Gelehrten jedenfalls, dass eine letztwillige Verfügung mündlich erfolgen kann. Nach der h.M. kann der letzte Wille auch schriftlich festgehalten werden.[24] Ayatollah *Khomeini* etwa vertrat, dass sobald eine handschriftliche und unterschriebene letztwillige Verfügung vorliege, aus der die Absicht des Erblassers klar hervorgehe, kein weiterer Zeugenbeweis vorliegen müsse.[25] Diese Ansicht betont den Konsensualcharakter der letztwilligen Verfügung und verortet die Zeugen im Verfahrens- und Beweisrecht.[26]

So werden die praktischen Probleme letztlich auch ins Beweisrecht verlagert. Der jetzige Revolutionsführer Ayatollah *Seyyed Ali Khamenei,* der auf seiner offiziellen Webseite auch Stellung zu Rechtsfragen nimmt, gibt dort

---

ciples of Islamic Jurisprudence (Islamabad 2008) 38 ff.; *Bernard G. Weiss,* The Search for God's Law (Salt Lake City 1992) 1 f.; *Joseph Schacht,* An Introduction to Islamic Law (Oxford 1964) 200 f.

[21] *Tayyibji,* Tyabji's Muslim Law (Fn. 17) 789; *Fyzee,* Ismaili Law (Fn. 18) 359; *Tanzil-ur-Rahman,* A Code of Muslim Personal Law, Bd. II (Karachi 1980) 178.

[22] Weder die *Fatāwā ᶜĀlamgīrī,* die trotz ihrer Bezeichnung als Fatwa-Sammlung ein *fiqh*-Werk aus dem 17. Jh. ist, in der englischen Übersetzung von Neil B. E. Baillie, A Digest of Moohummudan Law – Compiled and Translated from Authorities in the Original Arabic, Bd. I: The Doctrines of the Hanifeea Code of Jurisprudence[2] (Lahore 1957) 623 ff., noch *al-Hidāya* des Šaiḫ al-Islām Burhān ad-Dīn al-Marġīnānī (gest. 1197), eine weitere Autorität des hanafitischen Rechts, noch die Qadri-Pascha-Kompilation nennen Zeugen als Wirksamkeitsvoraussetzung letztwilliger Verfügungen; ebenso keine Erwähnung im zweiten Band des *Muḥaqqiq Hillī,* Islamische Scharia (Fn. 17).

[23] Vgl. *Robert Brunschvig,* Le système de la preuve en droit musulman, Études d'islamologie[2] (Brüssel 1976) 202.

[24] *Moḥaqqeq Dāmād,* Letztwillige Verfügungen (Fn. 17) 201.

[25] *Rūḥollāh Khomeynī,* resāle-ye taużīḥ al-masāʾel [Die Erklärung der Angelegenheiten] (Teheran 1988) Regel 2696, 381; siehe auch *Ǧaᶜfar Langrūdī,* ḥoqūq-e madanī, vaṣīyat [Zivilrecht, letztwillige Verfügung] (Teheran 1992, Neuauflage ohne Änderungen 2005) 387.

[26] Vgl. *Syed Ameer Ali,* Mahommedan Law, Bd. I (Lahore 1976) 654.

folgende Beweismittel an, die zum Nachweis einer letztwilligen Verfügung zulässig sind: Für letztwillige Verfügungen, mit denen ein Vermögenswert übertragen wird, sind (1) der Zeugenbeweis durch zwei gerechte Männer, (2) das Zeugnis eines Mannes und der Schwur (des Klägers), (3) das Zeugnis eines gerechten Mannes und zweier gerechter Frauen, und (4) das Anerkenntnis zulässig.[27] Eine mündliche letztwillige Verfügung muss gegenüber zwei Zeugen erklärt werden. Zum Nachweis der Richtigkeit einer schriftlichen letztwilligen Verfügung können Zeugen benannt oder andere Indizienbeweise herangezogen werden.[28] Streitig ist weiterhin, was diese Zeugen bezeugen müssen: Reicht es, dass die letztwillige Verfügung den Zeugen gezeigt wurde, mit der Erklärung, dass sie den letzten Willen des Erblassers enthalte,[29] oder müssen diese Zeugen über den konkreten Inhalt der letztwilligen Verfügung informiert sein? Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass den Zeugen die letztwillige Verfügung vorgelesen bzw. von ihnen selbst gelesen werden muss.[30] Vom Zeugenbeweis soll nur in dem Fall abgesehen werden können, in dem der Richter persönlich eine gesicherte Kenntnis darüber hat, dass das gegenständliche Schriftstück den letzten Willen des Erblassers enthält.[31] Das Ermessen des Richters, einer unbezeugten letztwilligen Verfügung Wirksamkeit zu verleihen, gründet in der historischen Annahme der großen Gelehrsamkeit und des Leumunds des Richters.[32]

c) Anwendungspraxis

Bedingt durch den hohen Grad an Analphabetismus und die lebendige Tradition mündlicher Überlieferungen auf der Arabischen Halbinsel in der Spätantike, wurde die mündliche letztwillige Verfügung der schriftlichen vorgezogen.[33] Gleichwohl scheinen auch schriftliche letztwillige Verfügungen zu Lebzeiten des Propheten Mohammad nicht ganz unüblich gewesen zu sein,[34]

---

[27] Abrufbar unter <http://mohsenzade.com/index.php/component/content/article/16-1390-04-04-17-52-15/3524-1394-05-02-02-46-53>.

[28] *Moḥaqqeq Dāmād,* Letztwillige Verfügungen (Fn. 17) 201.

[29] So *M. Mossadegh,* Le testament en droit musulman (secte chyite) (Paris 1914) 109.

[30] *Zeyn al-Dīn al-Ǧobaᶜī al-ᶜĀmelī,* tarǧome-ye mabāḥeṯ-e ḥoqūqī-ye šarḥ-e lomᶜe^{5} [Übersetzung des rechtlichen Teils der *šarḥ al-lumᶜa*] in der persischen Übersetzung von Asadollāh Loṭfī (Teheran 2008) 342.

[31] Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Erblasser seinen letzten Willen gegenüber dem Richter erklärt hat.

[32] Danach muss der Richter zwölf zwingende und fünfzehn erwünschte Eigenschaften und vertiefte Kenntnis aller relevanten Fächer besitzen und von gutem Leumund sein, *Mossadegh,* Testament (Fn. 29) 111.

[33] Vgl. *Jules Roussier,* Le livre du testament dans le nouveau code tunisien du statut personnel, Studia Islamica 15 (1961) 89–124, 93.

[34] *Pesle,* Testament (Fn. 18) 98 f.; *Frédéric Peltier,* Le livre des testaments du „Çaḥîḥ“ d'el-Bokhâri (Algier 1909) 8; *Santillana,* Diritto Musulmano (Fn. 17) 538; ganz allgemein

und dies obwohl Schriftstücken generell mit Misstrauen begegnet wurde.[35] Einfache eigenhändige letztwillige Verfügungen wurden als leicht fälschbar und ihre Durchsetzung ohne weitere Bekräftigung (etwa durch Zeugen) als schwierig angesehen. Vor diesem Hintergrund wurden in der Praxis ganz allgemein schriftliche letztwillige Verfügungen regelmäßig durch sogenannte professionelle Zeugen bestätigt, da der Zeugenbeweis im Gegensatz zum Dokumentenbeweis hohes Ansehen genoss.[36] Bevor das Zeugnis einer Person bei Gericht gehört wurde, überprüfte der Richter ihre religiöse Reputation und ihren Leumund.[37] Eine Person, die dieser Überprüfung standhielt, konnte bei Gericht als sogenannter „gerechter Zeuge" (*šāhid ᶜadl*) eingetragen werden und wurde später als Gerichtspersonal in den Gerichtsapparat eingegliedert und ihr Zeugnis wurde als Beweismittel zugelassen.[38] In den malikitisch geprägten Ländern entwickelte sich ihre Tätigkeit später zu einer Profession und führte zur Begründung der islamischen „Notare" (*šuhūd* oder *ᶜadūl*),[39] die auch heute – in den maghrebinischen Ländern – als Staatsdiener Ehen schließen und Personenstandsangelegenheiten eintragen. Eine letztwillige Verfügung konnte auch vor dem Richter zur Niederschrift erklärt werden. Die schriftliche Fixierung der letztwilligen Verfügung durch den Richter verlieh dieser Urkunde sodann volle Beweiskraft über ihren Inhalt, ohne dass ein weiterer Beweis erforderlich war.[40]

Durch diese Verfahren sollte gewährleistet werden, dass der Durchsetzung des Willens des Verfügenden in hohem Maße Rechnung getragen werden konnte. Neben der besseren Beweisbarkeit hatte die Mitwirkung der professionellen Zeugen den Vorteil, dass unter Zuhilfenahme ihres Fachwissens sichergestellt war, dass die letztwillige Verfügung wirksam errichtet wurde und somit sowohl stilistisch als auch inhaltlich den Vorgaben des islamischen Rechts entsprach.[41] So ist davon auszugehen, dass eigenhändige letztwillige Verfügungen, selbst wenn sie theoretisch zulässig waren, von der Mehrheit der Rechtsgelehrten ohne Zeugenbeweis als unwirksam erachtet wurden.[42]

---

zur Schriftlichkeit von Rechtsgeschäften/-akten *Jeanette A. Wakin,* The Function of Documents in Islamic Law – The Chapters on Sales from Ṭaḥāwī's Kitāb al-shurūṭ al-kabīr (Albany 1972) 9.

[35] Siehe *Tyan,* Notariat (Fn.14) 6.

[36] Siehe *Tyan,* Notariat (Fn.14) 6 ff.

[37] *Johansen,* Islamic Law and Society 9 (2002) 168, 169.

[38] Vgl. *Wakin,* Documents (Fn. 34) 9; *Tyan,* Notariat (Fn.14) 12.

[39] Siehe *Tyan,* Notariat (Fn.14) 14 ff.

[40] *Eugène Clavel,* Droit musulman, du statut personnel et des successions, Bd. II (Paris 1895) 162; *Santillana,* Diritto Musulmano (Fn. 17) 539.

[41] *Wakin,* Documents (Fn. 34) 10.

[42] *Moḥammad Ǧavād Maġnīye,* aḥvāl-e šaḫṣīye, tarǧome va tabyīn-e ǧoz'-e dovom-e al-fiqh ᶜalā l-maḏāhib al-ḫamsa [Das Personalstatut, Übersetzung und Kommentierung des zweiten Teiles des „Rechts der fünf Rechtsschulen"] in der persischen Übersetzung von Moṣṭafā Ǧabbārī/Ḥamīd Masǧed Sarā'ī (Teheran 2001) 202; *Tyan,* Notariat (Fn. 14) 5;

Im Iran gab es bis zum Erlass des Gesetzes betreffend die Form der Errichtung von letztwilligen Verfügungen von 1939, das 1940 in das FGG überführt wurde, keine kodifizierten Regelungen zur Errichtung von letztwilligen Verfügungen. Es herrschte der Grundsatz der Formfreiheit bei der Errichtung und zum Nachweis waren alle Beweismittel des islamischen Rechts zulässig.[43] Aus der Tradition des islamischen Rechts heraus wurden insbesondere Zeugen zum Beweis des Bestehens einer letztwilligen Verfügung herangezogen. Eine etwaige mündliche Verfügung konnte aber auch durch Dokumentenbeweis nachgewiesen werden.[44] Im Grunde hatten die Gerichte einen sehr weiten Spielraum, letztwillige Verfügungen anzuerkennen oder deren Durchsetzung abzuweisen.

IV. Form und Freiheit von Formerfordernissen im iranischen Recht

1. Das Errichten von letztwilligen Verfügungen im iranischen Recht

a) Rechtsquellen

Hintergrund für die Einführung von Formvorschriften war insbesondere die Rechtsunsicherheit, die sich aus der bisherigen Formlosigkeit der letztwilligen Verfügungen ergab.[45] Die Testierfreiheit und die Verwirklichung des Erblasserwillens sollten durch die Einführung von Formvorschriften gewährleistet werden.[46] Auch sollten durch die Formvorgaben etwaige andere Schreiben, Vorentwürfe oder bloße Vorüberlegungen von dem tatsächlichen Ausdruck des letzten Willens unterschieden werden können.[47]

Roussier, Studia Islamica 15 (1961) 89, 94; zur malikitischen Rechtsschule *Santillana,* Diritto Musulmano (Fn. 17) 538; vgl. auch *Peltier,* Testament (Fn. 34) 8; zur hanafitischen Rechtsschule siehe *ᶜAlā' ad-Dīn Abū Bakr Ibn Masᶜūd al-Kāsānī,* kitāb badā'iᶜ aṣ-ṣanā'iᶜ fī tartīb aš-šarā'iᶜ [Die Wunder der Kunstfertigkeiten in der Anordnung der religionsrechtlichen Bestimmungen], Bd. VII (1910, Neudruck Beirut 1974) 330; *Achim Umstätter,* Das Testament im ägyptischen Erbrecht (Frankfurt am Main 2000) 25.

[43] *Seyyed Ḥasan Emāmī,* ḥoqūq-e madanī, dar šofᶜe, vaṣīyat, ers̱³ [Zivilrecht, zum Vorkaufsrecht, der letztwilligen Verfügung und dem Intestaterbrecht], Bd. III (Teheran 1986) 187.

[44] *Nāṣer Kātūziyān,* vaṣīyat dar ḥoqūq-e madanī-ye īrān [Die letztwillige Verfügung im iranischen Recht] (Teheran 1960) 127, Rn. 120 mit weiteren Fundstellen.

[45] Vgl. *Mūsā ᶜOmīd,* hebe va vaṣīyat [Schenkung und letztwillige Verfügung] (Teheran 1963) 152.

[46] *Kātūziyān,* Letztwillige Verfügung (Fn. 44) 126, Rn. 119.

[47] *ᶜAlī Yār Aršadī,* vaṣīyat dar ḥoqūq-e īrān va maẕāheb-e eslāmī² [Letztwillige Verfügungen im iranischen Recht und den islamischen Rechtsschulen] (Teheran 2008) 254.

Neben der Übernahme der drei Grundformen des französischen Rechts sowie seiner Bestimmungen zum Nottestament übernahm das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit auch islamrechtliche Regelungen über den Beweis einer letztwilligen Verfügung und die Heilung von Formmängeln. Dadurch entstand eine recht eigenwillige Rechtslage, in der letztwillige Verfügungen zwar nach einer der Grundformen zu errichten waren, diese Formmängel aber durch Anerkenntnis der Erben geheilt werden konnten.

b) Formvorschriften im FGG

Das FGG unterscheidet drei Grundformen für die Errichtung von letztwilligen Verfügungen[48] und enthält auch Regelungen zur Errichtung von Nottestamenten. Gemäß Art. 276 FGG kann eine letztwillige Verfügung amtlich (*rasmī),*[49] eigenhändig (*ẖūdnevešt*)[50] oder geheim (*serrī*)[51] errichtet werden.

Eigenhändig ist die letztwillige Verfügung, wenn sie vom Verfügenden eigenhändig verfasst, mit Tag, Monat und Jahr datiert und eigenhändig unterschrieben ist.[52] Von einer amtlichen letztwilligen Verfügung spricht man dann, wenn sie den Bestimmungen über die Errichtung von Urkunden in Urkundenregisterämtern entspricht.[53] Hierfür muss die letztwillige Verfügung beim örtlich zuständigen Urkundenregistrierungsamt eingetragen werden. Die Eintragung einer Urkunde im Urkundenamt verleiht ihr einen amtlichen Status, der sie von einfachen, nicht eingetragenen Urkunden unterscheidet.[54] Schließlich regelt das FGG auch die sogenannte geheime letztwillige Verfügung, die auf das mystische oder geheime Testament des römischen Rechts

---

[48] Art. 969 des französischen Code civil im Jahre 1939, der die drei Grundformen der letztwilligen Verfügung bestimmt, ist in Art. 276 FGG wörtlich übernommen worden.

[49] Vgl. Art. 971–975 franz. Code civil a.F. (*testament par acte public*), übernommen in Art. 277 FGG mit Verweis auf die Regelungen des iran. Gesetzes über die Eintragung von Urkunden und Grundstücken.

[50] Vgl. Art. 970 franz. Code civil a.F. (*testament olographe*), übernommen in Art. 278 FGG.

[51] Vgl. Art. 976 franz. Code civil a.F. (*testament mystique ou secret*), übernommen in Art. 279 FGG.

[52] Art. 278 FGG.

[53] Art. 277 FGG, der auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Registrierung von Urkunden und Grundstücken [*qānūn-e s̱abt-e asnād va amlāk*] vom 17.3.1932, Gesetzessammlung des Jahres 1310 (1931–1932), 237–280 (RegistrierungsG) verweist, das zusammen mit seinen Durchführungsverordnungen im Einzelnen die Eintragung, die beizubringenden Dokumente und das Erfordernis von Zeugen bestimmt.

[54] *Seyyed Ǧalīl Moḥammadī/Seyyed Farīdoldīn Moḥammadī,* āyīn-e tanẓīm va s̱abt-e asnād dar dafāter-e asnād-e rasmī[2] [Bestimmungen über die Errichtung und Registrierung von Urkunden in Urkundenregisterämtern] (Teheran 2015) 242 f.; *Ǧahāngīr Manṣūr,* qavānīn va moqarrarāt marbūṭ be vaṣīyat va ers̱ [Gesetzestexte und Regelungen zur letztwilligen Verfügung und dem Erbrecht] (Teheran 2012) 33.

zurückgeht.[55] Eine solche letztwillige Verfügung kann durch den Erblasser oder durch eine andere Person handschriftlich niedergeschrieben werden und muss zwingend durch den Erblasser unterschrieben werden. Dabei schadet es nicht, wenn die schreibende Person selbst der Vermächtnisnehmer oder ein Erbe ist.[56] Zudem muss die letztwillige Verfügung in einem Urkundenregisteramt oder an einem anderen dafür vom Justizministerium bestimmten Ort verwahrt werden.[57] Die Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Daneben gibt das FGG dem Erblasser auch die Möglichkeit, in bestimmten Notsituationen (Krieg, Naturkatastrophen) mündlich gegenüber Zeugen seinen letzten Willen zu erklären, ohne Wahrung der oben genannten Formvorschriften, sofern die mündlich erklärte Verfügung nachträglich eingetragen bzw. den Behörden gemeldet wird.

c) Heilung durch Anerkenntnis

Das FGG speist sich zudem aus Vorschriften islamischer Provenienz und enthält eine Regelung zur Heilung von Formvorschriften: So darf nach Art. 291 FGG eine letztwillige Verfügung, die nicht den Vorschriften der Art. 276–290 FGG entspricht, von den staatlichen Stellen nicht anerkannt werden, es sei denn die berechtigten Personen erkennen die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung an. Art. 291 FGG sieht somit die Möglichkeit der Heilung von Formmängeln durch Anerkenntnis (pers. *eqrār*) durch die anspruchsberechtigten Personen vor.[58]

Das Anerkenntnis ist im islamischen Recht ein Instrument des Beweisrechts und als solches sowohl im iran. ZGB (Art. 1259–1283 ZGB) als auch in der iran. ZPO[59] (Art. 202–205) geregelt.[60] Art. 1258 ZGB, der allgemein die zulässigen Beweismittel benennt, nennt es an erster Stelle, gefolgt von Schriftstücken, dem Zeugenbeweis, den Vermutungen und dem Schwur.[61]

---

[55] Art. 279 FGG.

[56] *Nāṣer Kātūziyān,* ḥoqūq-e madanī ᶜoqūd-e moᶜayyan, ᶜaṭāyā, hebe, vaqf, vaṣīyat [Schuldrecht besonderer Teil, einseitige Rechtsgeschäfte, die Schenkung, die Stiftung und die letztwillige Verfügung] (Teheran 1998) 486, Rn. 314.

[57] Art. 2 Durchführungsverordnung zu den Art. 279 und 288 FGG [*ā'yīn-nāme rāğeᶜ be mavādd-e 279 va 288 qānūn-e omūr-e ḥesbī*], Gesetzessammlung des Jahres 1322 (1943–1944).

[58] Vgl. auch *Nāṣer Kātūziyān,* šofᶜe, vaṣīyat, erṯ [Vorkaufsrecht, letztwillige Verfügung und Intestaterbrecht] (Teheran 1999) 124, der das Beispiel des mündlichen Testierens anführt: Eine mündliche letztwillige Verfügung ist zwar unwirksam (*eᶜtebār nadārad*), kann aber durch das Anerkenntnis der gesetzlichen Erben Wirksamkeit erlangen.

[59] Gesetz über die Verfahrensordnung der ordentlichen Zivilgerichte und der Revolutionsgerichte [*qānūn-e āyīn-e dādresī-ye dādgāhhā-ye ᶜomūmī va enqelāb*] vom 9.4.2000, GBl. Nr. 16070 vom 30.4.2000, 28–50.

[60] Vgl. *Langrūdī,* Letztwillige Verfügung (Fn. 25) 58, 190.

Nach Art. 1259 ZGB ist das Anerkenntnis eine Erklärung zu Lasten des Erklärenden und zu Gunsten eines Dritten. Hat eine Person das Recht einer anderen Partei anerkannt, so gilt dieses Recht als bewiesen und es bedarf keines weiteren Beweises zu seiner Begründung (Art. 202 ZPO n.F.). Aus diesen Regelungen i.V.m. Art. 291 FGG folgt, dass durch das Anerkenntnis einer formungültigen letztwilligen Verfügung letztere wirksam wird. Im Jahr 1973 stellte die Plenarsitzung des iranischen Kassationsgerichts ergänzend fest, dass das Anerkenntnis nur jene Erben binde, die die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung anerkannt hätten. Für Erben, die diese ablehnten, könne es keine Wirkungen entfalten.[62]

d) Beweisvorschriften in der iranischen ZPO a.F.

Die Vorschriften des FGG wurden von jenen der ZPO und des ZGB flankiert. Bis zur vollständigen Novellierung der ZPO im Jahre 2000 bestimmte Art. 354 ZPO a.F., dass Ansprüche aus einseitigen Rechtsgeschäften (zu denen die letztwillige Verfügung im iranischen Recht gezählt wird) nur durch die im Gesetz vorgesehenen Beweismittel nachgewiesen werden können. Eine spezielle Norm für den Beweis einer letztwilligen Verfügung bestand nicht. Auch enthielt die ZPO a.F. keine weiteren Regelungen über die Zulässigkeit anderer Beweismittel (als des Anerkenntnisses in Art. 291 FGG). Daraus folgerte ein Teil der Lehre und Kommentarliteratur, dass eine formungültige letztwillige Verfügung ausschließlich durch das Anerkenntnis bewiesen werden könne.[63] Gestützt auf das Urteil des iranischen Kassationsgerichts von 1973 wurde betont, dass diejenigen Erben, die ein Anerkenntnis ablehnen, durch das Anerkenntnis der anderen nicht beschwert werden könnten. Da rechtlich keine anderen Beweismittel zum Nachweis der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung vorgesehen seien, könne die letztwillige Verfügung nicht für alle Erben Wirksamkeit entfalten. Diese Rechtslage wurde auch durch Art. 1309 a.F. ZGB bestätigt: Danach konnte eine amtliche Urkunde oder eine Urkunde, deren Inhalt vom Gericht festgestellt wurde, nicht durch anderslautenden Zeugenbeweis entkräftet werden. Daraus schloss die Lehre, dass eine formgültig errichtete eigenhändige letztwillige Verfügung, deren Gültigkeit vom Gericht festgestellt worden war, nicht durch Zeugenbeweis für unwirksam erklärt werden konnte.[64]

---

[61] Der Schwur ist nur in zivilrechtlichen Fällen zulässig, nicht aber im Verwaltungs- oder Strafrecht, siehe Stellungnahme der Rechtsabteilung der Judikative Nr. 7/6411 vom 23.12.1996, in: maǧmūᶜe-ye qānūn-e madanī[8] [Zivilrechtliche Gesetze], hrsg. von Riyāsat-e ǧomhūrī [Präsidialamt] (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 1258 ZGB, 426, Fn. 790.

[62] Vgl. Entscheidung der Plenarsitzung des iranischen Kassationsgerichts Nr. 54 vom 3.1.1973, abgedruckt im GBl. Nr. 81575 vom 22.1.1973.

[63] So etwa *Kātūziyān,* Schuldrecht (Fn. 56) 477, Rn. 304.

2. Formvorschriften im iranischen Recht

a) Rechtsnatur importierter Formvorschriften

Obwohl die Rechtslage in den Büchern relativ klar erscheint, verstummen die Debatten über die Natur der importierten Formvorschriften nicht. Über das Erbrecht hinaus ist diese Frage für alle Rechtsbereiche des Privatrechts relevant, in denen europäische Formvorschriften rezipiert worden sind, wie etwa das Ehe- und Scheidungsrecht oder der Immobilienerwerb. So hat der Iran neben den Formvorschriften für letztwillige Verfügungen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts auch die Eintragung jedes statusverändernden Vorgangs sowie jedes Grundstückskaufes gesetzlich vorgesehen.[65] Damit sollten Personenstands- und Vermögensverhältnisse staatlich festgehalten und mehr Rechtssicherheit erreicht werden. Gleichzeitig wurde aber streitig darüber diskutiert, ob die Rezeption dieser Normen auch die Übernahme ihrer Sanktionen beinhalte, ob daher die Nichtigkeit des Rechtsaktes/-geschäftes aus der Nichtbeachtung dieser Normen folgen müsse.

Die Antwort auf diese Frage fällt für die einzelnen Rechtsbereiche unterschiedlich aus: Während sich im Eheschließungsrecht Lehre und Rechtsprechung schnell einig waren, dass eine (dem islamischen religiösen Recht entsprechende) Eheschließung weiterhin auch ohne Eintragung Wirksamkeit entfalte und bei Nichtbeachtung der Eintragungspflicht ihr Bestehen durch weitere Beweismittel nachgewiesen werden könne,[66] werden im Scheidungsrecht das Scheidungsverfahren und die darauf aufbauende Eintragung der Scheidung als konstitutive Elemente zur Wirksamkeit der Eheauflösung angesehen.[67] Ausschlaggebend für diese Auslegungen waren vor allem Schutzgedanken zugunsten der schwächeren Partei: Da außereheliche sexuelle Kontakte unerwünscht und zum Teil auch strafbar sind, sollte die Eheschließung

---

[64] *Kātūziyān,* Vorkaufsrecht (Fn. 58) 128, Rn. 65.

[65] So 1931 durch das Gesetz über die Eheschließung [*qānūn-e rāǧeᶜ be ezdevāǧ*] vom 15.8.1931, Gesetzessammlung des Jahres 1310 (1931–1932), 117–123, das durch Art. 58 des neuen Familienschutzgesetzes 2013 [*qānūn-e ḥemāyat-e ḫānevāde*] vom 19.2.2013, GBl. Nr. 19835 vom 11.4.2013, aufgehoben wurde. Die Bestimmungen zur Eintragung sind in das Familienschutzgesetz (FSchG) 2013 überführt worden; dsgl. bestimmt das 1932 erlassene RegistrierungsG, dass jeder Immobilienkauf im neu errichteten Grundbuchamt einzutragen ist.

[66] Siehe Urteil des iranischen Kassationsgerichts Nr. 666 vom 8.6.2004, Rechtssache Nr. 8-1382, in: moẕākerāt va ārā'-ye hey'at-e ᶜomūmī-ye dīvān-e ᶜālī-ye kešvar [Beratungen und Urteile des Plenums des iranischen Kassationsgerichtshofes], Bd. X (2004–2005/1383), hrsg. von Dīvān-e ᶜālī-ye kešvar [Iranischer Kassationsgerichtshof] (Teheran 2007) 121 ff., siehe auch *Mehdī Šahīdī,* ḥoqūq-e madanī[3] [Zivilrecht], Bd. I (Teheran 2003) 117.

[67] Vgl. *Nadjma Yassari,* Stand des Scheidungsrechts in den islamischen Ländern, in: Scheidung ohne Gericht? – Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, hrsg. von Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald/Martin Löhnig (Bielefeld 2017) 315–336, 332 ff.

so weit wie möglich formfrei möglich sein. Umgekehrt war es ein Ziel der Formvorschriften im Scheidungsrecht, die Willkür des Ehemannes einzudämmen und die Vorgänge zur Auflösung der Ehe weitgehend transparent und nachvollziehbar zu gestalten.

Nicht abschließend geklärt ist aber die Natur der Grundbucheintragung beim Immobilienkauf. Zwar schreibt das Grundbuch- und Urkundeneintragungsgesetz vor, dass die Übertragung von Grundstücken einzutragen ist und nur jene Person als Eigentümer des Grundstückes gilt, deren Recht eingetragen ist. Gleichwohl legen Teile der Lehre und manche Gerichte diese Vorschriften als Beweisregeln aus, die einen widerlegbaren Rechtsschein begründen.[68] Auch dies geschieht primär in Hinblick auf die Praxis, nämlich jene der Nichteinhaltung dieser Vorschriften, vor allem in ländlichen Gebieten. Die Publizität eines Grundstückserwerbs wird dort oftmals durch sonstige Bekanntmachung vor Ort (etwa durch Akklamation) als gewährleistet erachtet, die mithin in das kollektive Gedächtnis der Gemeinschaft eingeht. Entsteht ein Streit über das Eigentum an einem Grundstück, das nicht eingetragen ist, ist es dem Kläger somit möglich, sein Recht durch weitere Beweismittel zu erhärten. Der Meinungsstreit über die Wirkung der Eintragung wirkt weiterhin fort: zum einen in der Lehre, zum anderen aber auch in der Rechtsprechung, wo widersprüchliche Urteile zu finden sind.

b) Rechtsnatur der Formvorschriften im FGG

(1) Die Debatten in den 1960–1970er Jahren

Was nun die Natur der Formvorschriften bei der letztwilligen Verfügung anbelangt, werden die Problempunkte von den Kommentatoren durchaus angesprochen. In den 1960–1970er Jahren war sich die Literatur im Grunde darüber einig, dass letztwillige Verfügungen in einer der Formen des FGG zu errichten sind und nur das Anerkenntnis als Heilungstatbestand zugelassen ist.[69] Gleichzeitig weisen die Autoren darauf hin, dass diese Rechtslage mit den Vorgaben des islamischen Rechts kollidiert.[70] So bestätigt etwa Ayatollah *Moḥaqqeq Dāmād,* dass eine nicht eigenhändig geschriebene, aber durch den Erblasser selbst unterschriebene letztwillige Verfügung nach dem FGG form-

---

[68] Siehe etwa Stellungnahme der Rechtsabteilung der Judikative Nr. 7/5379 vom 16.9. 1981, in: maǧmūᶜe-ye qānūn-e madanī[8] [Zivilrechtliche Gesetze], hrsg. von Riyāsat-e ǧomhūrī [Präsidialamt] (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 1259 ZGB, 426, Fn. 792.

[69] Vgl. *ᶜOmīd,* Schenkung (Fn. 45) 152; Stellungnahme der Rechtsabteilung der Judikative Nr. 7/211 vom 22.4.1984, in: maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 291, 201, Fn. 1, wo die Gültigkeit einer mündlich erklärten letztwilligen Verfügung wegen Nichteinhaltung der Formvorschriften und Nichtvorliegen eines Anerkenntnisses verneint wurde.

[70] Vgl. *Kātūziyān,* Vorkaufsrecht (Fn. 58) 126, Rn. 62.

ungültig, nach dem schiitischen Recht eine solche indes ohne Mangel ist, sofern sie dem Erblasserwillen entspricht.[71] Es bestand daher schon immer eine gewisse Unsicherheit und Ambivalenz, wie die Formvorschriften zu verstehen sind.

Zudem wird ganz generell darauf abgestellt, dass der Zweck der Einführung der Formvorschriften die Gewähr für die Durchsetzung des Erblasserwillens war. Die neuen Formvorschriften sollten daher den bis dato zulässigen Zeugenbeweis ersetzen, der zu Unsicherheit und Falschaussagen führen konnte. Die Formvorschriften müssten daher als Beweisregeln gelten[72] und die Ausschließlichkeit der Zulässigkeit des Anerkenntnisses sei eine Gewähr für die Sicherstellung der Durchsetzung des Erblasserwillens.[73]

(2) Die Debatten seit den 1980er Jahren

Die Diskussionen in der Lehre seit den 1980er Jahren stellen indes die Ausschließlichkeit des Anerkenntnisses als Heilungstatbestand auf den Prüfstand und fragen, ob die gesetzliche Möglichkeit, formungültige letztwillige Verfügungen durch ein Anerkenntnis zu heilen, nicht auch indiziere, dass andere Beweismittel zum Nachweis eines letzten Willens herangezogen werden dürfen. Ein Teil der Lehre vertritt, dass eine der gesetzlichen Form nicht entsprechende letztwillige Verfügung nicht von vornherein nichtig sein könne, da ein nichtiger Rechtsakt nicht heilen könne.[74] Wenn aber eine formungültige letztwillige Verfügung nicht nichtig sei und dies durch das Beweismittel des Anerkenntnisses nachgewiesen werden könne, so müssten auch andere Beweismittel zugelassen werden, um die letztwillige Verfügung zu beweisen. Des Weiteren wird argumentiert, dass Art. 291 FGG sich darauf beziehe, *wie* die anspruchsberechtigten Personen der letztwilligen Verfügung Wirksamkeit verleihen können. Das schließe nicht aus, dass zusätzlich der Rechtsweg beschritten werden könne, um die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung zu beweisen.[75]

Vor diesem Hintergrund war auch die Rechtsprechung der iranischen Gerichte bis in die frühen 1980er Jahre geteilt: Zum Teil ließen die Gerichte weitere Beweismittel (Zeugenbeweis, Sachverständigengutachten) zu; zum

---

[71] *Moḥaqqeq Dāmād,* Letztwillige Verfügungen (Fn. 17) 205.

[72] *Kātūziyān,* Letztwillige Verfügung (Fn. 44) 226, Rn. 176.

[73] So etwa *ᶜOmīd,* Schenkung (Fn. 45) 152; *Kātūziyān,* Letztwillige Verfügung (Fn. 44) 231, Rn. 179; siehe auch Stellungnahme der Rechtsabteilung der Judikative Nr. 7/3223 vom 19.8.1987, in: maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 291 FGG, 202, Fn. 1.

[74] Vgl. *Langrūdī,* Letztwillige Verfügung (Fn. 25) 58, Rn. 62; *Kātūziyān,* Letztwillige Verfügung (Fn. 44) 226, Rn. 176.

[75] Vgl. Veröffentlichung des wöchentlichen Richtergremiums der Gerichtsstelle Šahīd Ṣadr vom 13.6.2013, abrufbar unter <http://alifathilawyer.persianblog.ir/post/959>.

Teil verneinten die Gerichte die Zulässigkeit weiterer Beweismittel für die Heilung formungültiger letztwilliger Verfügungen.[76]

(3) Beweiskraft amtlicher Urkunden

Überlagert wird die Rechtslage zudem durch die Unterscheidung zwischen amtlichen und einfachen Urkunden im iranischen Recht. Aus einer amtlichen Urkunde (*sanad-e rasmī*)[77] können unmittelbar Rechte abgeleitet werden.[78] Amtlich errichtete oder geheime und im Urkundenamt hinterlegte letztwillige Verfügungen sind daher unmittelbar durchsetzbar und besitzen volle Beweiskraft,[79] während eine eigenhändige letztwillige Verfügung als einfaches Dokument (*sanad-e ᶜādī*)[80] gilt, zu dessen Durchsetzung (*tanfīẕ-e vaṣīyat-name*) gerichtlich eine Feststellungsklage erhoben werden muss.[81] So folgt bereits aus diesen Vorschriften eine unterschiedliche Behandlung von eigenhändigen und amtlich errichteten letztwilligen Verfügungen, bei der es im Grunde nicht auf die Einhaltung der Formvorschriften des FGG ankommt. Eine eigenhändige letztwillige Verfügung kann bestritten und gerichtlich angegriffen werden,[82] die Einhaltung der Form allein reicht für eine sofortige Implementierung nicht aus.[83]

---

[76] Vgl. Rechtssache Nr. 2/60/321 vom 13.11.1982, zitiert nach *Moḥaqqeq Dāmād,* Letztwillige Verfügungen (Fn. 17) 205 f. Das Gericht erster Instanz von Āmol hatte eine letztwillige Verfügung, die vom Erblasser unterschrieben, aber nicht eigenhändig von ihm geschrieben worden war, nach den Regelungen des FGG für formungültig erklärt. Das Berufungsgericht hob das Urteil mit der Begründung auf, dass dem Gericht nachgewiesen worden sei, dass der Inhalt der Verfügung dem letzten Willen des Erblassers entspreche, dieser durch seine Unterschrift zum Ausdruck komme und das Fehlen der eigenhändigen Niederschrift nicht zu den islamischen Voraussetzungen der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung gehöre.

[77] Art. 1287 iran. ZGB: Eine Urkunde, die beim Grundbuch- und Urkundenamt oder bei einem anderen Registrierungsamt oder einer öffentlichen Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und gemäß den gesetzlichen Bestimmungen errichtet worden ist, ist eine amtliche Urkunde. Art. 1289 iran. ZGB: Alle Urkunden, die nicht unter Art. 1287 ZGB fallen, sind einfache Urkunden.

[78] Art. 92 RegistrierungsG; zum Unterschied zwischen amtlichen und einfachen Urkunden im iran. Recht siehe *Bahrām Bahrāmī,* eǧrā-ye mofād-e asnād-e rasmī [Vollstreckung von amtlichen Urkunden] (Teheran 2010) 9 ff.

[79] Urteil der 33. Kammer des iranischen Kassationsgerichts Nr. 2940 vom 25.12.1993, in: maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 294 FGG, 200, Fn. 1.

[80] Art. 1287 i.V.m. Art. 1289 iran. ZGB.

[81] *Kātūziyān,* Letztwillige Verfügung (Fn. 44) 129, Rn. 122; Stellungnahme der Rechtsabteilung der Judikative Nr. 7/2379 vom 21.9.1986, in: maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 294 FGG, 207, Fn. 1.

[82] So etwa *Kātūziyān,* Vorkaufsrecht (Fn. 58) 128, Rn. 65.

c) Praxis

Eine dritte Ebene erfährt das Testamentsrecht durch die Praxis. Dort scheint die Idee der Erforderlichkeit von Zeugen weiterzuleben. Letztwillige Verfügungen werden oftmals ohne Einhaltung der Form errichtet, jedoch regelmäßig durch Zeugen mitunterzeichnet. Im kollektiven Gedächtnis scheint die Vorstellung zu bestehen, dass es nur darauf ankäme, die Wirksamkeit der Verfügung durch die Zeugen zu sichern. Dies wird durch „Modellformulare" für letztwillige Verfügungen im Internet besonders deutlich. Dort wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass der Erblasser dafür sorgen soll, seine Verfügung durch zwei Zeugen unterschreiben zu lassen. Zum Teil wird auch empfohlen, die Verfügung notariell zu schließen oder hinterlegen zu lassen. Da die meisten Online-Modelle aber Vordrucke mit Leerstellen sind, wird der Eindruck erweckt, dass eine letztwillige Verfügung nicht eigenhändig geschrieben sein muss.[84]

Diese Gemengelage zwischen französischem, islamischem und „empfundenem" Recht bekam eine neue Wendung mit der Errichtung der islamischen Republik Iran und der Vorgabe in der neuen Verfassung von 1979, dass das Recht im Einklang mit islamischen Vorschriften stehen müsse.[85] Es stellte sich die Frage, ob angesichts des neuen islamischen Referenzrahmens nun davon ausgegangen werden müsse, dass die Formfreiheit des islamischen Testamentsrechts die Formerfordernisse des FGG weitgehend beseitigt hatte. Eine erste wichtige Weichenstellung erfolgte durch zwei Entscheidungen des iranischen Wächterrates im Jahre 1988.

3. Weichenstellung durch den Wächterrat

Der Wächterrat fungiert als eine Art religiöses Verfassungsgremium, welches die Vereinbarkeit der vom Parlament verabschiedeten Gesetze mit dem islamischen Recht und dem Verfassungsrecht überprüft. In der ersten Entscheidung des Wächterrates im Oktober 1988 ging es um die Islamkonformität des Art. 294 FGG.[86] Dieser Artikel räumt allen Personen, die im Besitz einer letztwilligen Verfügung des Erblassers sind, die Möglichkeit ein, innerhalb

[83] Anders die Stellungnahmen der Rechtsabteilung der Judikative vom 5.3.1964 (o. Nr.) sowie Nr. 7/3034 vom 25.9.1982, beide in: maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 291 FGG, 203 f., Fn. 1.

[84] Abrufbar unter <http://samtekhoda.tv3.ir/?option=com_content&view=article&id=1069%20& Itemid =320>.

[85] Vgl. Art. 4 iran. Verfassung: Alle zivilrechtlichen, strafrechtlichen, vermögensrechtlichen, wirtschaftlichen, verwaltungsrechtlichen, kulturellen, staatsrechtlichen, politischen und alle übrigen Gesetze und Vorschriften müssen islamischen Maßstäben entsprechen. Dieser Grundsatz bestimmt über Inhalt und Umfang aller Grundsätze der Verfassung und aller Gesetze und Vorschriften; darüber wachen die Rechtsgelehrten des Wächterrates.

von drei Monaten nach Verlautbarung des Erbfalles in einer auflagenstarken Tageszeitung diese dem Gericht vorzulegen. Nach Ablauf der Frist vorgelegte letztwillige Verfügungen können nach Art. 294 FGG nicht mehr berücksichtigt werden. Der Wächterrat befand, dass die Frist in Art. 294 FGG dem islamischen Recht, das grundsätzlich verfristungs- und verjährungsfeindlich ist, widerspreche und erklärte die Norm für nichtig.[87] Zugleich erklärte der Wächterrat *quasi obiter dictum,* dass ganz allgemein letztwillige Verfügungen – wie im Übrigen alle Urkunden – dann wirksam sind, wenn sie nach den islamischen Beweisregeln bewiesen werden können.

Mit seiner zweiten Entscheidung erklärte der Wächterrat Art. 1309 ZGB, wonach amtliche Urkunden oder Urkunden, deren Inhalt vom Gericht festgestellt worden ist, nicht durch anderslautenden Zeugenbeweis entkräftet werden können, für nichtig. Der Zeugenbeweis, so der Wächterrat, gehöre zu den Beweismitteln des religiösen Rechts und eine Regelung, die den Zeugenbeweis gegenüber dem Dokumentenbeweis für unzulässig erachte, sei unislamisch und somit nichtig.

Durch die erste Entscheidung wurde zwar klargestellt, dass die in Art. 294 FGG genannte Frist nichtig ist, die Frage, ob und welche Formvorschriften bei einer letztwilligen Verfügung einzuhalten sind, blieb aber weiterhin offen. Die Rechtsabteilung der Judikative verwies in einer Stellungnahme vom 4. Februar 1999 darauf, dass diese Entscheidung sich nur auf Art. 294 FGG auswirke, die Bestimmungen der Art. 276 ff. FGG (zur Form der letztwilligen Verfügung) aber unberührt lasse.[88] Was das konkret zu bedeuten hat, blieb weiterhin unklar.

Im Jahr 2001 nahm die Rechtsabteilung der Judikative[89] zu der Entscheidung des Wächterrates Stellung. Sie berief sich auf das Urteil des iranischen Kassationsgerichts von 1973 und bestätigte, dass durch das Anerkenntnis einer formungültigen letztwilligen Verfügung nur diejenigen Erben belastet würden, die diese anerkannt hätten. Allerdings, so die Rechtsabteilung, könne auf Grundlage der Entscheidung des Wächterrates die letztwillige Verfügung gegenüber allen Erben – also auch jenen, die sie abgelehnt und bestritten hatten – wirken, wenn sie mit (anderen) islamrechtlichen Beweismitteln nach-

---

86 Stellungnahme des Wächterrates Nr. 2639 vom 25.10.1988, GBl. Nr. 12729 vom 8.11.1988.

87 1997 bestätigte die Rechtsabteilung der Judikative die Zulässigkeit der Vorlage von letztwilligen Verfügungen nach diesem Zeitraum, Stellungnahme Nr. 7/7869 vom 2.3.1997, in: maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 294 FGG, 206, Fn. 1.

88 Stellungnahme der Rechtsabteilung der Judikative Nr. 7/8360 vom 4.2.1999, in: maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 294 FGG, 206 f., Fn. 1.

89 Die Rechtsabteilung gibt auf Anfrage unverbindliche Auskünfte zu Auslegungsfragen und Gesetzeslücken.

gewiesen werden könne.[90] Daraus folgt, dass im Rechtsstreit um eine letztwillige Verfügung alle islamischen Beweismittel – selbst wenn sie nicht in der ZPO vorgesehen sind – zulässig sind. Das Anerkenntnis, das in der Hierarchie islamischer Beweismittel vor dem Zeugenbeweis steht, wurde somit verwässert.[91] Auch wenn ein Erbe die Anerkennung der formungültigen letztwilligen Verfügung ablehnt, kann nun durch andere Beweismittel der Verfügung Wirksamkeit im Verhältnis zu allen Erben verliehen werden.

Die Rechtsprechung passte sich schnell an. Im Jahr 1992 etwa entschied die 7. Kammer des Kassationsgerichts basierend auf der Entscheidung des Wächterrates, dass die Formvorschriften des FGG nicht abschließend seien und der Zeugenbeweis (wie auch alle weiteren islamischen Beweismittel) zum Nachweis einer letztwilligen Verfügung zulässig sei.[92] Diesem Urteil folgte eine Vielzahl von ähnlichen Entscheidungen. Selbst mündlich erklärte letztwillige Verfügungen wurden als wirksam erachtet, sofern die entsprechenden Zeugen ihre Existenz und ihren Inhalt bestätigen konnten.[93] In den späten 1990er Jahren hatte sich die Rechtsprechung weitgehend darauf geeinigt, den Zeugenbeweis, die eidesstattliche Erklärung (Schwur) und alle anderen islamischen Beweismittel zur Begründung einer letztwilligen Verfügung zuzulassen.

Im Jahre 2000 zog das Gesetzesrecht nach. Die umfassende Novellierung der iranischen Zivilprozessordnung führte zu einer Erweiterung der zulässigen Beweismittel im Rechtsstreit über letztwillige Verfügungen und relativierte weitgehend die vom Gesetzgeber 1940 aus dem französischen Recht eingeführten Formvorschriften, ohne diese aber außer Kraft zu setzen.

4. Novelle der iranischen ZPO

Die neue iranische Zivilprozessordnung[94] sieht nun in Art. 230 ZPO explizit die Möglichkeit des Beweises der Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen

---

[90] Stellungnahme der Rechtsabteilung der Judikative Nr. 7/2644 vom 7.6.2001, in: mağmū^{c}e-ye āyīn-e dādresī-ye madanī[2] [Zivilprozessrechtliche Gesetze], Bd. II, hrsg. von Riyāsat-e ğomhūrī [Präsidialamt] (Teheran 2004) zu Art. 291 FGG, 252, Fn. 1.

[91] Vgl. auch *Kātūziyān,* Letztwillige Verfügung (Fn. 44) 231, Rn. 179.

[92] Urteile der 7. Kammer des iranischen Kassationsgerichts Nr. 7/1263 vom 11.1.1992 und Nr. 7/1092 vom 22.12.1991, in: mağmū^{c}e-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ^{c}Alī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 276 FGG, 185 f., Fn. 1.

[93] Vgl. auch die Fatwa-Seite des Großayatollah *^{c}Azamī Fāżel Lankarānī,* der die Frage, ob mündlich erklärte letztwillige Verfügungen wirksam sind, bejaht, sofern der Wille des Erblassers festgestellt werden kann, abrufbar unter <http://portal.anhar.ir/node/4509/?ref=sbttl#gsc.tab=0>.

[94] Gesetz über die Verfahrensordnung der ordentlichen Zivilgerichte und der Revolutionsgerichte [*qānūn-e āyīn-e dādresī-ye dādgāhhā-ye ^{c}omūmī va enqelābī*] vom 9.4.2000, GBl. Nr. 16070 vom 30.4.2000.

durch Zeugenaussage und durch Schwur vor. Diese Regelung wird weit ausgelegt und findet auf alle letztwilligen Verfügungen Anwendung, die den Formvorschriften des FGG nicht entsprechen und somit nicht unmittelbar einklagbar sind. Entspricht somit eine letztwillige Verfügung weder den gesetzlichen Formvorschriften noch denen des Nottestaments und ist sie auch nicht anerkannt worden, kann ihre Wirksamkeit gerichtlich durch Zeugnis zweier männlicher oder eines männlichen und zweier weiblicher Zeugen festgestellt werden.[95] Damit schließt die Rechtslage mit der Rechtsprechung auf. Diese Heilungsmöglichkeiten finden jedenfalls dort Anwendung, wo die letztwillige Verfügung in einer einfachen Urkunde verbrieft ist. Denn eine amtliche Urkunde konnte bisher nicht durch einfachen Zeugenbeweis entkräftet werden. Aber auch hier hat eine Entscheidung des Obersten Verwaltungsgerichts eine neue, vorläufig letzte Wendung gebracht.

5. Urteil des Obersten Verwaltungsgerichts vom Mai 2017

Eine letzte Wendung rührt von einer im Mai 2017 getroffenen Entscheidung des Obersten iranischen Verwaltungsgerichts[96] betreffend die Nichtigkeit von Art. 14 der DurchführungsVO zu Art. 299 FGG. Nach dieser Vorschrift konnten nach der Eintragung unbeweglicher Nachlassgegenstände auf die Erben oder den Vermächtnisnehmer im Grundbuch- und Urkundenamt Behauptungen über das Bestehen einer letztwilligen Verfügung oder Behauptungen jeglicher Art, die im Widerspruch mit der Eintragung stehen, nicht gehört werden.

Das Gericht entschied, dass die Nichtberücksichtigung von nach Grundbucheintragung eingereichten letztwilligen Verfügungen unislamisch und daher nichtig sei. Auch das Bestehen einer amtlichen Urkunde (Grundbucheintrag) könne die nachträgliche Vorlage einer letztwilligen Verfügung – welcher Form auch immer –, die durch islamische Beweismittel bestätigt worden ist, nicht verhindern. Mit der Aufhebung dieser Norm ist es nun möglich, Grundbucheintragungen, die als amtliche Urkunde gelten, nachträglich

---

[95] Interessant in diesem Zusammenhang auch das Urteil der 33. Kammer des iranischen Kassationsgerichts Nr. 2127 vom 26.7.1992. Das Gericht gründet seine Entscheidung auf das religiöse Beweisrecht. Danach könne eine letztwillige Verfügung durch zwei männliche Zeugen bewiesen werden. Sind die Zeugen weiblich, verdopple sich die Zahl. Allerdings könne auch eine geringere Anzahl von Frauen die letztwillige Verfügung bezeugen, dabei verkürze sich die Höhe des Vermächtnisses entsprechend der Anzahl der Zeuginnen: Das Zeugnis einer Frau führe zur Wirksamkeit des Vermächtnisses bis zu einem Viertel, das zweier Zeuginnen zur Wirksamkeit der Hälfte usw., siehe maǧmūᶜe-ye qavānīn va moqarrarāt-e omūr-e ḥesbī [Gesetzestexte und Regelungen zum FGG], hrsg. von ᶜAlī Reżā Mīrzāyī (Teheran 2011) Kommentar zu Art. 291 FGG, 200 f., Fn. 1 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.

[96] Urteil Nr. 201 vom 30.5.2017, Rechtssache Nr. 93/1023 der Plenarsitzung des Obersten Verwaltungsgerichts vom 29.3.1396, Nr. 93/1023/h.

durch eine letztwillige Verfügung, die durch islamische Beweismittel nachgewiesen wird, zu entkräften. Durch diese Entscheidung ist die letzte Bastion des iranischen Beweisrechts, die amtlichen Urkunden eine höhere Beweiskraft zuspricht als dem Zeugenbeweis, gefallen.

V. Bewertung

Die Deregulierung der Formvorschriften kann unterschiedlich bewertet werden. Zum einen kann die Erweiterung der Heilungsmöglichkeiten formungültiger letztwilliger Verfügungen ein Mehr an Freiheit in der Gestaltung des letzten Willens und seiner Durchsetzung bedeuten. Können also die Absicht des Erblassers und sein Wille zur Verteilung seines Vermögens klar festgestellt werden, soll die Umsetzung derselben nicht an formalen Hürden scheitern. Insofern könnte man meinen, dass durch die großzügigen Beweisregeln des islamischen Rechts und sein generelles Credo der Formfreiheit ein Raum eröffnet wird, den das importierte französische Recht nicht bereitstellte.

Auf der anderen Seite stellt sich natürlich die Frage, wo die Grenzen dieser Freiheit zu ziehen sind und was diese Freiheit für die Rechtssicherheit im Rechtsverkehr bedeutet. Steht die Einhaltung der Form als Gewähr für die Durchsetzung des Erblasserwillens, so kann ihre Aufweichung zu Unsicherheit führen. Im Kontext der islamischen Republik Iran muss allerdings auch bedacht werden, dass die rechtlichen Entwicklungen nicht nur als eine Wertung von Interessen zu sehen sind. Der Wächterrat wollte durch seine Interventionen nicht „mehr Freiheit wagen", sondern dem „richtigen" Recht Geltung verschaffen. Die grundlegende Frage, ob im Ergebnis dieses Bestrebens die Formfreiheit des islamischen Testamentsrechts zu einer größeren Testierfreiheit geführt hat oder ob sie dieser letztlich mehr geschadet als ihr genutzt hat, bleibt indes eine legitime. Entsinnt man sich der Gründe für die Übernahme der Formvorschriften in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die insbesondere der Unsicherheit bei der rechtlichen Gewähr der Durchsetzung des Erblasserwillens entgegenwirken wollte, so dreht diese Entwicklung das Rad der Zeit zurück. Dies ist insbesondere insoweit unglücklich, als die strengen Maßstäbe an den Zeugenbeweis im islamischen Recht, die die Ausübung dieser Freiheit gewährleisten sollen, heute nicht mehr greifen. Die Vorstellung des rechtschaffenen männlichen Zeugen, dessen Leumund eindeutig festgestellt werden kann und über dessen Rechtschaffenheit sein Glaube wacht, sind idealtypischer Natur. Im Erbfall, wo Vermögen und Emotionen eng aufeinandertreffen und der Erblasser nicht mehr befragt werden kann, besteht ein besonders hohes Bedürfnis nach Rechtsklarheit. Ob der durch das islamische Recht eröffnete Raum die an diese Öffnung gekoppelte Verantwortung heute noch umfassen kann, ist höchst zweifelhaft.

Mehr Freiheit wagen im Recht der Transformationsstaaten?

Zur Vertragsfreiheit im russischen Recht

Eugenia Kurzynsky-Singer

I. Transformation und Privatautonomie

Der Zusammenbruch der Sowjetunion und die Auflösung des Ostblocks führten dazu, dass die totalitär-kollektivistisch geprägten Gesellschaftsmodelle der ehemals sozialistischen Länder zugunsten von noch aufzubauenden freiheitlich-demokratischen Gesellschaftsordnungen aufgegeben wurden. Dies ging Hand in Hand mit der Auflösung der sozialistischen planwirtschaftlichen Strukturen und der Etablierung von marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftssystemen,[1] die Räume für private wirtschaftliche Betätigung schufen. Dieser Prozess wurde flankiert durch eine Neuverteilung der Wirtschaftsressourcen im Wege der Privatisierung sowie umfassende Rechtsreformen, die nunmehr den Schutz des Privateigentums sowie den Grundsatz der Privatautonomie zur normativen Grundlage des Privatrechts erhoben.[2] Der Trans-

[1] Siehe hierzu am Beispiel Russlands *Joachim Ahrens,* Der russische Systemwandel – Reform und Transformation des (post)sowjetischen Wirtschaftssystems (Frankfurt am Main 1994).

[2] Siehe ausführlich z.B. *Tamás Sárközy,* Das Privatisierungsrecht in den ehemaligen sozialistischen Staaten Europas (Budapest 2009).

formationsprozess leitete insofern in den osteuropäischen Ländern eine Entwicklung ein, die zu mehr Freiheit, mehr Freiräumen für den Einzelnen, mehr Wettbewerb und damit zu einer Liberalisierung der Gesellschaft und der Wirtschaft führen sollte und in allen betroffenen Ländern auch tatsächlich geführt hat, wenn auch in einem unterschiedlichen Maße.

Während für die meisten mittel- und südosteuropäischen Länder, einschließlich der drei baltischen Staaten, der Prozess der Transformation mit dem Beitritt zur EU wohl als weitestgehend abgeschlossen bewertet werden kann, haben die Staaten im postsowjetischen Raum weit größere Schwierigkeiten, die deklarierten[3] Transformationsziele zu erreichen.[4] Zu den spezifischen Problemen beispielsweise der russischen Wirtschaft gehören insbesondere eine undurchsichtige Verflechtung von Wirtschaft und Staat sowie hohe Korruption.[5] 90 % der Grundstücke befinden sich nach wie vor im Eigentum des Staates.[6] Vor allem aber wird die Nische, in der die privaten Unter-

---

[3] Vgl. z.B. Art. 1 Punkt 1 der russischen Verfassung: „Die Russische Föderation ist ein demokratischer föderaler Rechtsstaat mit einer republikanischen Regierungsform." Art. 8 der russischen Verfassung: „1. In der Russischen Föderation werden die Einheitlichkeit des Wirtschaftsraums, freier Verkehr der Waren, Dienstleistungen und Finanzmittel, Unterstützung des Wettbewerbs, Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit garantiert. 2. In der Russischen Föderation werden im gleichen Maße das Privateigentum, staatliches Eigentum, munizipales Eigentum und andere Eigentumsformen garantiert." (Soweit nicht anders angegeben, stammen die Übersetzungen von der Verfasserin.)

[4] So werden zum Beispiel im Democracy Index 2016 – A Report by The Economist Intelligence Unit (2016) 37 (Überblick unter <https://infographics.economist.com/2017/DemocracyIndex/>) Georgien, Moldau, Ukraine und Kirgisien als „hybrid regimes", Russland, Weißrussland und die weiteren Staaten des Kaukasus und Zentralasiens als „authoritarian regimes" identifiziert. Zur Problematik solcher Rankings siehe allerdings *Heiko Pleines,* Eine kurze Einführung in politikbezogene Länderrankings, Zentralasienanalysen Nr. 53 (vom 25.5.2012) 8–29, 8–10.

[5] Siehe hierzu z.B. *Lev Gudkov,* Fatale Kontinuitäten, Osteuropa 2013, Nr. 5/6, 283–295, 292; *Roland Götz,* Vom privatisierten Staat zum verstaatlichten Markt?, Osteuropa 2013, Nr. 5/6, 315–332, 324; *Margareta Mommsen,* Oligarchie und Autokratie, Osteuropa 2010, Nr. 8, 25–46, 38; *Alexandra Orlova,* Korruption in Russland, Osteuropa 2008, Nr. 1, 21–34, 21 ff.; *Elena Panfilova,* Zwang zur Transparenz, Osteuropa 2012, Nr. 6/8, 241–249, 241 ff.; *Pekka Sutela,* Die Zukunft der Wirtschaft Russlands, OsteuropaWirtschaft 2007, Nr. 2, 156–170, 164.

[6] Dies ergibt sich aus den statistischen Angaben des Ministeriums der wirtschaftlichen Entwicklung der Russischen Föderation und des Staatsdienstes der staatlichen Registrierung, des Grundbuchs und der Landkarten. Demnach lag die Gesamtfläche der erfassten Grundstücke in der RF zum 1.1.2012 bei insgesamt 1.709,8 Millionen Hektar. Davon waren 1.576,7 Millionen Hektar im Staatseigentum und kommunalen Eigentum, im Eigentum von natürlichen und juristischen Personen hingegen lediglich 133,1 Millionen Hektar. Siehe: Gosudarstvennyj (nacional'nyj) doklad o sostojanii i ispol'zovanii zemel' v Rossijskoj Federacii v 2011 g [Staatlicher (nationaler) Bericht über Zustand und Nutzung der Grundstücke in der Russischen Föderation im Jahr 2011], abrufbar unter

nehmen operieren können, immer kleiner. Der Anteil der Staatsunternehmen an der Wirtschaftsleistung verdoppelte sich zwischen 2005 und 2015 von 35 % auf 70 %.[7]

Die Beobachtung des Transformationsprozesses deutet insgesamt darauf hin, dass die ordnenden Kräfte einer freien Marktwirtschaft möglicherweise überschätzt wurden. Besonders deutlich wird das an den Privatisierungsvorgängen, deren Ergebnisse von westlichen Beobachtern scharf kritisiert wurden und die auch in Russland auf Akzeptanzprobleme stoßen.[8] Ein häufiger Kritikpunkt in Bezug auf die Privatisierung in Russland ist, dass diese ohne adäquate rechtliche Rahmenbedingungen durchgeführt wurde.[9] Dabei sei vergessen worden, dass Private nur dann eine wertschöpfende Produktion organisieren, „wenn ihnen andere, profitablere, leichtere und risikoärmere Wege durch Institution und Recht verbaut werden".[10] Die Etablierung einer effizienten Marktwirtschaft erfordert mithin neben einem Abbau von staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen auch einen Aufbau von rechtlichen Konzepten und Institutionen, die dem freien Wettbewerb und den freien privatwirtschaftlichen Aktivitäten einen Rahmen geben.

Dabei erweist sich der Aufbau adäquater rechtlicher Rahmenbedingungen in den Transformationsländern oft als problematisch. Eine der Ursachen ist m.E. darin zu sehen, dass die Rechtssysteme der Transformationsländer auf anderen konzeptionellen Grundlagen stehen als die Rechtssysteme westlicher Länder. Dementsprechend braucht der Transformationsprozess eine gewisse Zeit, um die alten Denkmuster zu überwinden. Zum Teil entwickeln die alten Konzepte aber unter neuen Rahmenbedingungen eine neue Funktionalität, die aus der Sicht eines deutschen Juristen überraschen kann, im Rechtssystem eines Transformationsstaates aber durchaus effiziente Lösungen ermöglicht. Die Entwicklung der Vertragsfreiheit im russischen Recht bietet hierzu ein gutes Veranschaulichungsbeispiel.

<https://rosreestr.ru/site/activity/sostoyanie-zemel-rossii/gosudarstvennyy-natsionalnyy-doklad-o-sostoyanii-i-ispolzovanii-zemel-v-rossiyskoy-federatsii/> (6.7.2018).

[7] The Economist vom 22.10.2016, Special Report: Russia.

[8] Hierzu z.B. *Georg Brunner,* Privatisierung in Osteuropa – eine typologische Skizze, OsteuropaRecht 1999, Nr. 1, 2–17; *Sárközy,* Privatisierungsrecht (Fn. 2) 318.

[9] *Thomas Krüßman,* Privatisierung und Umstrukturierung in Russland (Wien 1998) 171; *Katharina Pistor,* Eigentumsreform mittels institutioneller Investoren (Berlin 2000) 359; *Olaf Steffen,* Zur Kritik der „Schocktherapie" in Russland, Osteuropa 1994, Nr. 4, 338–352 und Nr. 6, 545–565.

[10] *Rolf Knieper,* Rechtsreformen entlang der Seidenstrasse (Berlin 2006) 22 m.w.N. Vgl. hierzu auch *Ernst-Joachim Mestmäcker,* Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, Rechtshistorisches Journal 10 (1991) 177–192, 184, abrufbar unter <www.ceeol.com> mit der Ansicht, dass die Marktwirtschaft in ihrem Kern verkannt wird, wenn man sie als isoliertes, nur wirtschaftliches System ohne Bezug zu ihrer gesellschaftlichen und vor allem rechtlichen Umwelt versteht.

II. Ausgangslage: Sowjetische Denktraditionen zur Vertragsfreiheit

Das Verständnis der Rechtsinstitute des modernen russischen Rechts, auch der Vertragsfreiheit, setzt voraus, dass ihre grundsätzliche Verwurzelung in der sowjetischen Rechtsdogmatik bedacht wird. Das russische Zivilrecht weist in seiner Entwicklung eine beachtliche Kontinuität auf, die sowohl durch die Übernahme von Rechtsvorschriften aus den früheren sozialistischen Zivilgesetzbüchern als auch durch das Weiterführen von bereits zuvor bestehenden juristischen Denktraditionen und Argumentationsmuster gekennzeichnet ist.[11] Daraus ergeben sich einige konzeptionelle Unterschiede zu vergleichbaren Rechtsinstituten der westeuropäischen Rechtsordnungen.

So liegt der Vertragsfreiheit im kontinentaleuropäischen Recht die Idee der prozeduralen Vertragsgerechtigkeit zugrunde.[12] Das Aushandeln des Vertrags unter Bedingungen einer wettbewerbsbasierten Marktwirtschaft soll grundsätzlich eine ausreichende Gewähr dafür bieten, dass das zustande gekommene Ergebnis die widerstreitenden Interessen der Vertragsparteien zu einem angemessenen Ausgleich bringt.[13]

Derartige prozedurale Mechanismen des Ausgleichs widerstreitender Interessen waren der sowjetischen Rechtstheorie dagegen fremd.[14] Sie widersprachen den ideologischen Vorgaben, wonach der Sozialismus bereits „die gesellschaftlichen Gegensätze aufgehoben und die persönlichen und gesellschaftlichen Interessen zu einem harmonischen Ausgleich gebracht" habe.[15] Darüber hinaus sah das sowjetische Wirtschaftssystem privatautonomes Handeln nur in Randbereichen vor, da die Produktion der Sowjetunion im Rah-

---

[11] Bei der Verabschiedung des ZGB RF wurden viele Normen des sowjetischen Zivilrechts übernommen, die ihrerseits zwar in der vorrevolutionären, mithin kontinentaleuropäischen, rechtswissenschaftlichen Tradition wurzelten, über die Jahre der Sowjetzeit aber mit den sowjetischen Traditionen des juristischen Denkens verknüpft wurden. Ausführlich *Eugenia Kurzynsky-Singer,* Russisches ZGB, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann, Bd. II (Tübingen 2009) 1324–1329.

[12] Siehe ausführlich *Claus-Wilhelm Canaris,* Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 200 (2000) 273–364; *Hannes Unberath,* Vertragsfreiheit, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, HWBEuP II (Fn. 11) 1692 f.

[13] Vgl. *Canaris,* AcP 200 (2000) 273, 283 f.

[14] Dies ist besonders deutlich anhand des sowjetischen Zivilprozessrechts erkennbar, das unter dem Primat der Maxime des Auffindens der materiellen Wahrheit stand. Dadurch wurde die Dispositionsmaxime, die formell zu den Grundsätzen des sowjetischen Zivilprozesses zählte, nivelliert und den gerichtlichen Entscheidungen konnte eine Drittwirkung beigemessen werden. Siehe ausführlich *Eugenia Kurzynsky-Singer/Natalya Pankevich,* Freiheitliche Dispositionsmaxime und sowjetischer Paternalismus im russischen Zivilprozessrecht – Wechselwirkung verschiedener Bestandteile einer Transformationsrechtsordnung, ZEuP 20 (2012) 7–22.

men der Planwirtschaft vergesellschaftlicht war. Die Tätigkeit der Wirtschaftsunternehmen war dabei zwar auf den ersten Blick mithilfe von zivilrechtlichen, darunter auch vertraglichen Beziehungen organisiert, sie stand in Wirklichkeit aber unter dem Primat des Plans. Eine legale[16] eigenverantwortliche wirtschaftliche Betätigung war nur in dem engsten Bereich des privaten Konsums möglich.[17]

Infolgedessen wurden die Verträge nur unter der Bedingung ihrer absoluten Gesetzeskonformität als wirksam anerkannt, wobei die Nichtigkeitsgründe sehr weit gefasst waren.[18] Ein rechtswidriger Vertrag war in jedem Fall, ungeachtet der Wünsche oder gar Interessen der Parteien, rückabzuwickeln, ohne dass spezielle Interessen an der Rückabwicklung bestehen mussten.[19] Den Vorschriften zur Rückabwicklung eines rechtswidrigen Vertrags kam dabei öffentlich-rechtlicher Charakter zu, da sie als eine „Maßnahme zum Schutz der Rechtsordnung“ konzipiert[20] und als ein Mechanismus zum Schutz des staatlichen Eigentums verstanden wurden.[21]

---

[15] *Olimpiad S. Ioffe,* Sovetskoe graždanskoe pravo [Sowjetisches Zivilrecht] (Moskau 1967), hier und im Folgenden zit. aus dem Nachdruck: *ders.,* Izbrannye trudy [Ausgewählte Werke], Bd. II (St. Petersburg 2004) 39.

[16] Vgl. z.B. Art. 154 Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik (StGB RSFSR, Stand 1987), der die Strafbarkeit der sog. „Spekulation“, d.h. Ankauf und Weiterverkauf von Waren oder anderer Gegenstände zum Zwecke der persönlichen Bereicherung, anordnete; ferner Art. 162 StGB RSFSR, der das verbotene Kleingewerbe unter Strafe stellte, wozu laut *Raisa Chalfina,* Pravo ličnoj sobstvennosti [Das Recht des persönlichen Eigentums] (Moskau 1964) 112, z.B. auch entgeltliche Lasten- und Personenbeförderung mit einem Pkw gehörte, der im persönlichen Eigentum des Bürgers stand.

[17] Zum sowjetischen Rechts- und Wirtschaftssystem siehe insbesondere *Andreas Bilinsky,* Das sowjetische Wirtschaftsrecht (Tübingen/Basel 1968); Sozialistisches Wirtschaftsrecht zwischen Wandel und Beharrung, hrsg. von Georg Brunner/Friedrich-Christian Schroeder (Berlin 1988); *Otto-Wilhelm Jacobs,* Eigentumsbegriff und Eigentumssystem des sowjetischen Rechts (Köln/Graz 1965); *Viktor Knapp,* in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. VI, Kap. 2 (1975) Abschnitt III: Socialist Countries; *Vladimir Laptev,* ebd., Bd. XVII, Kap. 16 (1978) Socialist enterprises; *Dieter Pfaff,* Das sozialistische Eigentum in der Sowjetunion (Köln 1965); *Norbert Reich,* Sozialismus und Zivilrecht (Frankfurt am Main 1972); *Klaus Westen/Joachim Schleider,* Zivilrecht im Systemvergleich (Berlin 1984).

[18] Art. 48 ZGB RSFSR (1964) bestimmte, dass ein Rechtsgeschäft, das den Anforderungen des Gesetzes nicht entspricht, nichtig ist. Dabei wurden unter „Anforderungen des Gesetzes“ nicht nur Gesetze im formellen Sinn, sondern auch untergesetzliche Regelungen verstanden, sogar Bestimmungen des Plans und staatliche Aufgabenzuweisungen an die Betriebe; siehe: Kommentarij k GK RSFSR [Kommentar zum ZGB RSFSR], hrsg. von Sergej Bratus’/Oleg Sadikov (Moskau 1982) Art. 48, Rn. 2.

[19] *Bratus’/Sadikov,* Kommentarij k GK RSFSR (Fn. 18) Art. 48, Rn. 4; *Ioffe,* Sovetskoe graždanskoe pravo (Fn. 15) 312.

[20] Zur historischen Entwicklung siehe ausführlich *Daniil Tuzov,* Restitucija pri nedejstvitel’nosti sdelok i zaščita dobrosovestnogo priobretatelja v rossijskom graždanskom prave

III. Vertragsfreiheit im modernen russischen Recht

1. *Reflexe der sowjetischen Konzepte*

Die Überwindung des dogmatischen Erbes der Sowjetzeit erwies sich als schwierig. Das im Jahre 1994 verabschiedete Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation (ZGB RF)[22] zählte die Vertragsfreiheit zwar ausdrücklich zu den „Grundsätzen, auf denen die Zivilgesetzgebung beruht" (Art. 1 Teil 1), doch wurde damit die Entwicklung zunächst nur angestoßen. In der Praxis wurden die alten Denkmuster in vielerlei Hinsicht beibehalten. Auch die Reform des Zivilgesetzbuchs, die in mehreren Teilnovellen[23] seit 2013[24] in Kraft trat,[25] hat nicht mit allen Konzepten des sowjetischen Rechts endgültig aufgeräumt. Dies betrifft zum einen den relativ engen Handlungsspielraum, der den Parteien einer vertraglichen Beziehung zur Regelung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten eingeräumt wurde, zum anderen den Umstand, dass nach russischem Recht auch ein am Vertrag nicht beteiligter Dritter grundsätzlich die Rückabwicklung eines gesetzeswidrigen Vertrags verlangen kann.

2. *Handlungsspielraum der Parteien*

a) *Gesetzeskonformität eines Vertrags*

Nach der Verabschiedung des Zivilgesetzbuchs 1994 wurden die Verträge zunächst wie zur Sowjetzeit nur unter der Bedingung ihrer absoluten Gesetzeskonformität als wirksam anerkannt. Art. 168 ZGB RF ordnete in seiner ursprünglichen Fassung an,[26] dass ein Rechtsgeschäft, das „den Anforderungen des Gesetzes oder anderen Rechtsvorschriften nicht entspricht, nichtig ist,

---

[Restitution bei Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte und Schutz des gutgläubigen Erwerbers im russischen Bürgerlichen Recht] (Moskau 2007) 89 ff.

[21] *Jurij Kalmykov,* Princip vsemernoj ochrany socialističeskoj sobstvennosti v graždanskom prave [Das Prinzip eines umfassenden Schutzes des sozialistischen Eigentums im Zivilrecht] (Saratov 1987) 46 ff.

[22] Siehe ausführlich HWBEuP/*Kurzynsky-Singer* (Fn. 11) 1324–1329.

[23] Zu einzelnen Teilnovellen siehe mit teilweiser Textdokumentation in deutscher Sprache *Christel Mindach,* WiRO 2013, 207–211; WiRO 2013, 335–338; WiRO 2013, 373–376; WiRO 2014, 53–59.

[24] Federal'nyj zakon o vnesenii izmenenij v glavy 1, 2, 3 i 4 časti pervoj Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii [Föderales Gesetz „Über das Einfügen von Änderungen in die Kapitel 1, 2, 3 und 4 des ersten Teils des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation"], Nr. 302-FZ vom 30.12.2012, abgedruckt in: SZ RF 2012, Nr. 53, Teil I, Pos. 7627.

[25] Zur Reform siehe ausführlich *Andrey Shirvindt,* Reforming the Russian Civil Code – A Search for Better Law-Making, in: Legislators, Judges, and Professors, hrsg. von Jürgen Basedow/Holger Fleischer/Reinhard Zimmermann (Tübingen 2016) 41–55.

[26] Bis zum Inkrafttreten des Änderungsgesetzes vom 7.5.2013 Nr. 100-FZ, dazu sogleich.

wenn das Gesetz nicht bestimmt, dass ein solches Rechtsgeschäft anfechtbar ist, oder nicht andere Rechtsfolgen des Verstoßes festlegt“. Die russische Kommentarliteratur und die Rechtsprechung verfolgten dabei ein recht weites Verständnis dieses Merkmals.[27] Die Frage, ob die Nichtigkeit des Vertrags dem Sinn und Zweck der verletzten Gesetzesvorschrift entsprach, wurde nicht gestellt. Die Nichtigkeit wurde immer dann angenommen, wenn der Gesetzestext keine ausdrückliche Ausnahme vorsah.[28]

Die Auswirkungen dieser Herangehensweise auf die Rechtssicherheit im Wirtschaftsverkehr waren verheerend. So wurde in einer „Konzeption zur Entwicklung des Zivilrechts“, einem Dokument, das im Zuge der Vorbereitung der bereits erwähnten Zivilrechtsreform mit großem Aufwand erarbeitet wurde, ausgeführt, dass so gut wie jeder Vertrag an einem Mangel leide, der zu seiner Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit führe,[29] was von einer vertragsreuigen Partei treuwidrig ausgenutzt werden konnte.

Auch wenn der Gesetzgeber das Problem somit durchaus erkannt hatte, bestand die im Jahre 2013 durchgeführte Reform[30] weniger darin, die Menge

---

[27] *Raisa Halfina/Nikolay Koršunov,* in: Abova/Kabalkina, Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti pervoj [Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, Teil 1] (Moskau 2006) Art. 168, S. 499 f.; *Alexander Sergeev,* in: Egorov/Sergeev, Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti pervoj [Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, Teil 1] (Moskau 2006) Art. 168, S. 377; siehe ausführlich *Eugenia Kurzynsky-Singer,* Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nach russischem Recht, in: Liber Amicorum Christa Jessel-Holst (Belgrad 2010) 306 ff.; *Artem Karapetov,* Svoboda dogovora i predely imperativnosti norm graždanskogo prava [Vertragsfreiheit und die Grenzen des zwingenden Charakters der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts], Vestnik VAS 2009, Nr. 11, 100–133.

[28] *Artem Karapetov/Daniil Tuzov,* Sdelki, soveršennye v protivorečii s imperativnymi normami zakona, v kontekste novoj redakcii st. 168 GK RF [Rechtsgeschäfte, die im Widerspruch zu zwingenden Gesetzesnormen vorgenommen wurden, im Kontext der neuen Fassung des Art. 168 ZGB RF], Vestnik Graždanskogo prava 2016, Nr. 5, 14–67, 47 ff.

[29] Siehe Teildokument: Koncepcija soveršenstvovanija obščich položenij Graždanskogo Kodeksa Rossijskoj Federacii [Konzeption zur Vervollkommnung der allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation], Abschnitt V § 1 1.1, Vestnik VAS 2009, Nr. 4, 49.

[30] Gesetz zur Änderung des ZGB RF Nr. 100-FZ vom 07.05.2013. Die Vorschrift lautet nunmehr in der deutschen Übersetzung:

„Art. 168. Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, das Anforderungen des Gesetzes oder eines anderen Rechtsaktes verletzt

1. Außer in den Fällen, die in Punkt 2 dieses Artikels oder in einem anderen Gesetz vorgesehen sind, ist ein Rechtsgeschäft, das die Anforderungen des Gesetzes oder eines anderen Rechtsaktes verletzt, anfechtbar, wenn aus dem Gesetz nicht folgt, dass andere Folgen der Verletzung angewendet werden sollen, die mit der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht zusammenhängen.

2. Ein Rechtsgeschäft, das die Anforderungen eines Gesetzes oder eines anderen Rechtsaktes verletzt und dabei öffentliche Interessen oder durch Gesetz geschützte Interessen

der Verbotsgesetze und der imperativen Normen zu reduzieren, sondern vielmehr darin, die Modalitäten zur Anfechtung unwirksamer Rechtsgeschäfte sowie zur Geltendmachung ihrer Nichtigkeit zu verändern. Insbesondere wurde das in Art. 168 ZGB RF niedergelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit umgedreht. Nunmehr ist ein rechtswidriges Rechtsgeschäft anfechtbar, wenn nicht die Nichtigkeitsfolge angeordnet wurde.

Weiterhin wurde der Wortlaut der Vorschrift dahingehend geändert, dass als gesetzeswidrig nunmehr ein Rechtsgeschäft anzusehen ist, das ein Gesetz oder einen anderen Rechtsakt verletzt. Diese Änderung soll wohl einer zu weiten Auslegung der Vorschrift entgegenwirken. Es bleibt allerdings abzuwarten, inwiefern dies durch die Rechtspraxis aufgenommen wird.[31]

b) *Dispositive und imperative Vorschriften des Vertragsrechts*

Besonders aufschlussreich ist ferner die Diskussion um die Frage, welche Vorschriften des Vertragsrechts als dispositiv und welche als imperativ anzusehen sind.

Direkte Verbote einer bestimmten vertraglichen Gestaltung sind im russischen Zivilgesetzbuch zahlreich und zeigen zum Teil ein mangelndes Vertrauen des Gesetzgebers in Marktmechanismen. So verbietet z.B. Art. 575 Teil 1 Nr. 4 Schenkungen zwischen kommerziellen Organisationen, die den Wert von 3.000 Rubeln (ca. 50 €) übersteigen. Diese Vorschrift sieht keine Ausnahmen vor und schießt damit über alle denkbaren Schutzbedürfnisse hinaus. Ein weiteres Beispiel bildet der zwingende Charakter von Verjährungsvorschiften.[32]

Soweit eine Gesetzesvorschrift allerdings weder ein explizites Verbot anordnet, noch ausdrücklich bestimmt, dass die Parteien davon abweichen können, stellt sich im russischen Recht die Frage, nach welchen Kriterien zu bestimmen ist, ob die Vorschrift dispositiv oder zwingend ist. Die Prämisse, auf der die russische Zivilgesetzgebung aufgebaut ist, stammte aus der Sowjetzeit und betrachtete jede Norm als zwingend, wenn ihre Dispositivität nicht

---

Dritter beeinträchtigt, ist nichtig, wenn aus dem Gesetz nicht folgt, dass ein solches Rechtsgeschäft anfechtbar ist, oder andere Folgen der Verletzung angewendet werden sollen, die mit der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht zusammenhängen."

[31] Skeptisch: *Karapetov/Tuzov,* Vestnik Graždanskogo prava 2016, Nr. 5, 14, 47 ff. m.w.N.; *Daniil Tuzov,* Lex ‚Quasi' Perfecta? – O novoj redakcii st. 168 Graždanskogo kodeksa RF i fundamental'nych civilističeskich ponjatijach [Lex ‚Quasi' Perfecta? – Über die neue Änderung des Art. 168 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der RF und fundamentale zivilrechtliche Begriffe], Zakon 2015, Nr. 9, 34–38, 36, Fn. 4.

[32] Gemäß Art. 198 ZGB RF (in der bis jetzt unveränderten Fassung) können „die Verjährungsfristen und die Art und Weise ihrer Berechnung durch die Parteivereinbarung nicht geändert werden."

im Gesetz ausdrücklich angeordnet war.[33] Die Vorschläge, durch eine Gesetzesänderung diese Regel zugunsten von mehr Vertragsfreiheit aufzugeben,[34] konnten sich im Reformprozess nicht durchsetzen.

Eine Veränderung dieser juristischen Tradition hat schließlich aber das Oberste Wirtschaftsgericht in einem Informationsbrief zur Vertragsfreiheit und ihren Grenzen[35] – einer Erläuterung der Gerichtspraxis, die sich an die unterinstanzlichen Gerichte richtete – angestoßen. Nach seiner Vorstellung soll die Qualifikation einer Vorschrift des Vertragsrechts als zwingend im Wege einer teleologischen Auslegung erfolgen. Insbesondere soll ein Gericht den zwingenden Charakter einer Vorschrift des Vertragsrechts explizit begründen, womit die Vertragsfreiheit entgegen der oben geschilderten sowjetischen Tradition gestärkt werden soll. Als mögliche Gründe zur Qualifizierung einer Vorschrift als zwingend nennt das Oberste Wirtschaftsgericht das Wesen der gesetzlichen Regelung, die Notwendigkeit, besonders gewichtige Interessen zu schützen, oder die Verhinderung einer groben Übervorteilung einer Partei (Punkt 3). Nachdem das Oberste Wirtschaftsgericht im Zuge der Gerichtsreform im Jahre 2014[36] aufgelöst wurde, hat das Oberste Gericht

---

[33] *Aleksandr Makovskij,* Ob urokach reformirovanija Graždanskogo kodeksa Rossii [Über die Lektionen zur Reform des Zivilgesetzbuchs Russlands], Vestnik Graždanskogo prava 2013, Nr. 5, 157–172, 163.

[34] Pozicija Minėkonomrazvitija Rossii po dorabotke proekta federal'nogo zakona „O vnesenii izmenenij v časti pervuju, vtoruju, tret'ju i četvertuju Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii, a takže v otdel'nye zakonodatel'nye akty Rossijskoj Federacii" [Stellungnahme des Ministeriums für die wirtschaftliche Entwicklung zur Überarbeitung des Projekts eines föderalen Gesetzes „Über das Einfügen von Änderungen in Teile 1, 2, 3 und 4 des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation sowie in einzelne gesetzgeberische Akte der Russischen Föderation"] (ohne Datumangabe), abrufbar unter <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/12976.html>, Veröffentlichung auf der Homepage am 19.4.2011 (abgerufen am 11.6.2018), Anlage 2, S. 30.

[35] Beschluss des Plenums des Obersten Wirtschaftsgerichts vom 14.3.2014, Nr. 16 „O svobode dogovora i ee predelach" [Über die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen], zitiert nach der elektronischen Datenbank Konsultant Pljus. Für eine ausführliche Besprechung siehe *Artem Karapetov/Roman Bevzenko,* Kommentarij k normam GK ob otdel'nych vidach dogovorov v kontekste postanovlenija Plenuma VAS RF „O svobode dogovora i ee predelach" [Kommentar zu den Normen des ZGB über einzelne Vertragstypen im Kontext des Plenarbeschlusses des Obersten Wirtschaftsgerichts der RF „Über Vertragsfreiheit und ihre Grenzen"], Vestnik VAS 2014, Nr. 8, 4–97, 4 ff.

[36] Ausführlich *Alex Janzen,* Gerichtsreform in Russland: Das neue Oberste Gericht der Russischen Föderation, WiRO 2015, 65–73, 65 ff.; siehe auch *Andrey Shirvindt,* Prospects of the Russian Legal System after the Abolition of the Supreme Arbitration (Commercial) Code: Judges, Legislators and Professors, in: Ustojčivost' v global'nom mire [Stabilität in der globalen Welt], hrsg. von *Tatjana Nikitina* (St. Petersburg 2015) 66–70, der als Ergebnis formuliert, die Abschaffung des Obersten Wirtschaftsgerichts könne „als Verzicht des Gesetzgebers auf selbständige und aktivere Judikative und Lehre gewertet werden", 67.

diese Vorgaben in einigen Entscheidungen bestätigt,[37] womit man von einer langsamen Veränderung der Denkmuster hin zu mehr Privatautonomie nach westlichem Vorbild ausgehen kann.

3. Drittwirkung von Verträgen

a) Geltendmachung der Unwirksamkeit von Verträgen durch Dritte

Eine konzeptionelle Eigenart des russischen Vertragsrechts im Vergleich zum deutschen Recht besteht darin, dass die Normen zur Rückabwicklung von unwirksamen Verträgen von einer prinzipiellen Drittwirkung der Verträge ausgehen. Nach der Vorstellung des russischen Gesetzgebers kann es Fälle geben, in denen ein Vertrag Rechte von am Vertrag unbeteiligten Dritten verletzt. Dies macht es notwendig, den betroffenen Dritten zu ermöglichen, die Rückabwicklung eines solchen Vertrags verlangen zu können.

In der ursprünglichen Fassung von 1994 bestimmte Art. 166 Abs. 2 ZGB RF, dass jeder die Rückabwicklung eines nichtigen Rechtsgeschäfts verlangen konnte, der ein nicht weiter konkretisiertes Interesse daran hatte. Auch das Gericht war berechtigt, die Rückabwicklung von Amts wegen anzuordnen. Die Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags stand damit nach wie vor grundsätzlich nicht zur Disposition der Parteien.[38]

Durch das Änderungsgesetz Nr. 100-FZ vom 7.5.2013 wurden die Möglichkeiten von am Vertrag nicht beteiligten Dritten, eine Rückabwicklung durchzusetzen, beschnitten. Ein Anfechtungsrecht (das in einem Gerichtsverfahren geltend gemacht werden muss) haben gem. Art. 166 Punkt 2 Abs. 1 ZGB RF die Vertragsparteien und Dritte, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist. Darüber hinaus verlangt das Gesetz nunmehr eine Art rechtliches Interesse an der Anfechtung des Rechtsgeschäfts, was dem ersten Anschein nach die Fälle einer erfolgreichen Vertragsanfechtung durch Dritte reduzieren müsste.

Eine entsprechende Tendenz kann in der Rechtsprechung tatsächlich wahrgenommen werden. Die Gerichte verlangen durchaus, dass der Kläger darlegt, inwiefern die Anfechtung bzw. die Rückabwicklung des Vertrags zum konkreten Schutz seiner Rechte beitragen würde.[39] Insbesondere haben die Gerichte noch auf der Grundlage der alten Fassung des Art. 166 Abs. 2 ZGB RF, die lediglich ein Interesse an der Rückabwicklung voraussetzte, in mehreren Fällen entschieden, dass ein Mieter nicht gegen den Eigentumsübergang

---

[37] Entscheidungen des Obersten Gerichts vom 12.10.2016, Az. 306-ÈC16-3611; vom 24.11.2016, Az. 306-ÈC16-12964; vom 3.11.2015, Az. 305-ÈC15-6784.

[38] Koncepcija soveršenstvovanija obščich položenij Graždanskogo Kodeksa Rossijskoj Federacii (Fn. 29), Abschnitt V § 1 1.9, Vestnik VAS 2009, Nr. 4, 54.

[39] Siehe z.B. folgende Fälle, in denen eine solche Darlegung den Anforderungen des Gerichts nicht genügte: Entscheidung des Wirtschaftsgerichts des Fernöstlichen Bezirks vom 6.12.2016, Az. F03-5423/16 in der Sache A24-5247/2015; Entscheidung des Sechzehnten Wirtschaftsappelationsgerichts vom 21.11.2016, Az. 16AP-3457/16.

am vermieteten Objekt vorgehen könne.[40] Gem. Art. 617 ZGB RF stellt der Übergang des Eigentums an der vermieteten Sache auf eine andere Person nämlich keinen Grund zur Änderung oder Auflösung des Mietvertrags dar. Aus der neueren Rechtsprechung wäre etwa eine Entscheidung hervorzuheben, wonach der Versicherer keine eigene Rechtsverletzung erleidet, wenn der Kaufvertrag über die versicherten Güter an einem rechtlichen Mangel leidet.[41] In einem weiteren Fall wollte ein Dritter einen Vertrag seines eigenen Vertragspartners mit einem Subunternehmer anfechten. Das Gericht lehnte die Anfechtungsbefugnis mit der Begründung ab, der Dritte wolle mit der Anfechtung seiner eigenen Leistungspflicht treuwidrig entgehen.[42]

Doch stellen diese Entscheidungen die grundsätzliche Möglichkeit einer Vertragsanfechtung durch Dritte nicht in Frage. Diese wurde zudem in einem Informationsbeschluss des Obersten Gerichts bestätigt und gegenüber dem Gesetzeswortlaut erweitert. Demnach ergebe sich aus der systematischen Auslegung der Art. 1 Punkt 1, 166 Punkt 3 und 168 Punkt 2 ZGB RF, dass ein an einem nichtigen Rechtsgeschäft nicht beteiligter Dritter auch dann erfolgreich die Rückabwicklung gem. Art. 167 Punkt 2 ZGB RF verlangen könne, wenn die Gesetzgebung keine andere Möglichkeit zum Schutz seiner Rechte vorsehe.[43]

Die Vorstellung, ein Rechtsgeschäft könne Rechte unbeteiligter Dritter verletzen, ist als ein Reflex des sowjetischen Denkens zu werten. Die sowjetische Rechtstheorie reduzierte nämlich eine privatrechtliche Beziehung nicht auf das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien, sondern stellte sie in einen größeren sozialen Kontext,[44] wodurch ihr eine gewisse Allgemeingültigkeit zukam.[45]

---

[40] Entscheidungen des Föderalen Wirtschaftsgerichts des Fernöstlichen Bezirks vom 10.5.2007, Az. F03-A51/07-1/849, und vom 22.5.2007, Az. F03-A51/07-1/707; Entscheidung des Föderalen Wirtschaftsgerichts des Nord-Kaukasischen Bezirks vom 6.5.2008, Az. F08-2321/2008.

[41] Entscheidung des Wirtschaftsgerichts des Povolžskij-Bezirks vom 8.4.2016, Az. F06-7357/16 in der Sache A72-13395/2015.

[42] Entscheidung des Fünfzehnten Wirtschaftsappelationsgerichts vom 2.2.2017, Az. 15AP-20858/16.

[43] Postanovlenie Plenuma Verchovnogo Suda RF ot 23 ijunja 2015 g N 25 „O priminenii sudami nekotorych položenij razdela I časti pervoj Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii“ [Beschluss des Plenums des Obersten Gerichts der RF vom 23.6.2015 Nr. 25 „Über die Anwendung durch die Gerichte einiger Bestimmungen des Abschnitts I des ersten Teils des Zivilgesetzbuches der RF“] (im Weiteren: Beschluss des Obersten Gerichts vom 23.6.2015 Nr. 25) Punkt 78. Siehe hierzu auch die Entscheidung des Sechsten Wirtschaftsappelationsgerichts vom 30.3.2017, Az. 06AP-326/17, in der darauf ausdrücklich Bezug genommen wird; zum Sachverhalt der Entscheidung siehe sogleich im Text.

[44] Siehe hierzu bereits *Kurzynsky-Singer/Pankevich,* ZEuP 20 (2012) 7, 9 ff.

Interessanterweise enthält das russische Zivilgesetzbuch eine Regelung, die zu dieser Vorstellung in einem Widerspruch steht. Gem. Art. 308 Punkt 3 ZGB RF kann ein Schuldverhältnis keine Verpflichtungen für am Schuldverhältnis nicht beteiligte Dritte begründen. Dieser Widerspruch ist auf eine innere Inkonsistenz der russischen Zivilrechtsordnung zurückzuführen, in der Relikte der sowjetischen Rechtstheorie mit liberalen Ideen koexistieren und konkurrieren.

b) Neue Funktionalität der Drittanfechtungsbefugnis

Es wäre allerdings vorschnell, die Betrachtung der Drittanfechtungsbefugnis im russischen Recht mit der Feststellung des oben genannten Widerspruchs auf sich beruhen zu lassen. Eine genauere Betrachtung der russischen Rechtsprechung zeigt nämlich, dass die Vertragsanfechtung durch Dritte eine erhebliche Rolle in Fällen spielt, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Damit kommt diesem Rechtsinstitut eine für einen deutschen Juristen ungewöhnliche, im Rahmen der russischen Rechtstradition aber durchaus stimmige, Funktionalität zu.

Eine häufige Fallkonstellation betrifft beispielsweise die Verpachtung eines Grundstücks an einen landwirtschaftlichen Betrieb durch die Gemeinde, in deren Eigentum das Grundstück steht. Soweit damit ein Konkurrent unter Missachtung des vorgesehenen Vergabeverfahrens übergangen wird, kann er erfolgreich gegen diesen Pachtvertrag vorgehen. Hierzu muss er eine zivilrechtliche Klage anstrengen, in der die Nichtigkeit des Pachtvertrags zwischen der Gemeinde und dem erfolgreichen Konkurrenten geltend gemacht und die Rückabwicklung des Vertrags verlangt wird.[46]

In einem weiteren Fall verpachtete eine Gemeinde ein Grundstück zum Zwecke seiner Bebauung. Der Kläger machte geltend, dass das verpachtete Grundstück die einzig mögliche Feuerwehrzufahrt zu dem Gebäude bildete, das in seinem Eigentum stand. Damit verletzte der Pachtvertrag Vorschriften des Baurechts, was seine Nichtigkeit aufgrund eines Gesetzesverstoßes begründete. Weil der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt war, konnte er nach Auffassung des Gerichts die Rückabwicklung des Pachtvertrages verlangen.[47]

---

[45] *Olimpiad S. Ioffe,* Pravootnošenie po graždanskomu pravu [Rechtsbeziehung im Zivilrecht] (Leningrad 1949), Nachdruck: *ders.,* Izbrannye trudy [Ausgewählte Werke] (Moskau 2009) 621 ff.

[46] Entscheidung des Wirtschaftsgerichts des Fernöstlichen Bezirks vom 25.4.2017, Az. F03-1089/17 in der Sache A04-8931/2016; Entscheidung des Fünfzehnten Wirtschaftsappellationsgerichts vom 7.3.2017, Az. 15AP-1491/17; Entscheidung des Sechsten Wirtschaftsappellationsgerichts vom 30.3.2017, Az. 06AP-326/17.

[47] Entscheidung des Wirtschaftsgerichts des Nord-Kaukasischen Bezirks vom 10.3.2017, Az. F08-763/17 in der Sache A A32-31397/2014.

Diese ungewöhnliche Funktion der Vertragsanfechtung als Instrument des öffentlich-rechtlichen Schutzes ist auf die Unterschiede im Verständnis der Funktionen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts im russischen und dem kontinentaleuropäischen Recht zurückzuführen.

Nach deutschem Rechtsverständnis gewährleistet das öffentliche Recht, dass das Handeln des Staates am Gemeinwohl orientiert und einem Verfahrens-, Begründungs- und Legitimationszwang unterworfen wird.[48] Das Privatrecht stellt dagegen den Rahmen für die privatautonome Regelung und damit für eine Selbstorganisation der Beteiligten zur Verfügung.[49] Trotz zahlreicher Verzahnungen dieser Rechtsgebiete[50] bleibt die konzeptionelle Trennung grundlegend für das deutsche wie auch das gesamte kontinentale Recht.[51]

Im sowjetischen Recht stand das Zivilrecht dagegen unter dem Primat des öffentlichen Rechts.[52] Dabei waren die Machtbefugnisse des Staates prinzipiell unbegrenzt, insbesondere war das Recht, das durch den Staat gesetzt wurde, für diesen nicht bindend.[53] Die Idee des Rechtsstaats wurde als eine Fiktion der bourgeoisen Rechtstheorie diffamiert.[54]

Im Zuge der Transformation der Gesellschafts- und der Rechtsordnung sowie einer Besinnung auf die kontinentaleuropäischen Wurzeln wurde auch die grundlegende Unterscheidung des gesamten Rechtsstoffes in öffentliches Recht einerseits und Privatrecht andererseits in das russische Rechtsdenken (wieder) aufgenommen.[55] Allerdings entwickelt sich die Idee der Begrenzung des staatlichen Handlungsspielraums durch das öffentliche Recht eher zöger-

---

[48] *Dieter Medicus,* Allgemeiner Teil des BGB[9] (Heidelberg 2006) Rn. 4; *Hans-Heinrich Trute,* Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele, in: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Baden-Baden 1996) 171–223, 172 f.; siehe weiterhin *Eugenia Kurzynsky-Singer,* Wirkungsweise der legal transplants bei den Reformen des Zivilrechts, in: Transformation durch Rezeption?, hrsg. von ders. (Tübingen 2014) 3–38, 17.

[49] *Trute,* Verzahnungen (Fn. 48) 173.

[50] Siehe hierzu z.B. die Beiträge in: Auffangordnungen (Fn. 48), insbesondere von *Schmidt-Aßmann* (8 ff.) und *Trute* (171 ff.).

[51] *Medicus,* BGB AT (Fn. 48) Rn. 1; *Sebastian Martens,* 27 Rechtsordnungen oder mehr?, RW 2012, 432–451, 435.

[52] Kritisch aus der Perspektive damaliger Zeit *Boris Čerepachin,* K voprosu o častnom i publičnom prave [Zur Frage hinsichtlich des Privat- und des öffentlichen Rechts] (1926), zitiert nach der Ausgabe Izbrannye trudy [Ausgewählte Werke] (Moskau 2001) 114. Aus heutiger Perspektive *Evgenij A. Suchanov,* Graždanskoe pravo [Zivilrecht], Bd. I[3] (Moskau 2006) 17, 28 ff.

[53] *Olimpiad S. Ioffe,* Soviet Law and Soviet Reality (Dordrecht u.a. 1985) 6.

[54] *Vladimir A. Tumanov,* Bürgerliche Rechtsideologie (Berlin (Ost) 1975) 35; *Ioffe,* Soviet Law and Soviet Reality (Fn. 53) 6.

[55] *Suchanov,* Graždanskoe pravo (Fn. 52) 29; *Sulejmenov,* Sub''ekty graždanskogo prava [Subjekte des Zivilrechts], in: Izbrannye trudy po graždanskomu pravu [Ausgewählte Arbeiten zum Zivilrecht] (Moskau 2006) 16, 30 ff.

lich. Insbesondere entbehrt die Abgrenzung des öffentlichen Rechts und des Privatrechts einer inhaltlichen Komponente und wird anhand formaler Kriterien vorgenommen, wobei zum Teil auf die alten sowjetischen Definitionen zurückgegriffen wird.[56]

Gleichzeitig erhält das Privatrecht allerdings Funktionen, die über die Regelung der privatrechtlichen Beziehungen hinausgehen. Insbesondere wird ein Teil des Schutzes vor staatlicher Willkür in den Bereich des Zivilrechts ausgelagert. Dies hat im russischen Rechtsdenken Tradition. Bereits im vorrevolutionären russischen Recht wurde das Privatrecht als ein abgesonderter Bereich angesehen, in dem die Einflussnahme des Staates beschränkt ist, wodurch eine Freiheitssphäre des Einzelnen garantiert wird.[57]

Das moderne russische Recht setzt diese Tradition fort[58] und nutzt die Instrumente des Zivilrechts zur Begrenzung des staatlichen Handlungsspielraums jedenfalls dann, wenn der Staat sich privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Diese Kontrolle des staatlichen Handelns wird auf Art. 124 ZGB RF gestützt, welcher die Gleichstellung des Staates und Privater im Zivilrechtsverkehr anordnet.[59]

---

[56] Aus der Perspektive des Privatrechts: Rossijskoe graždanskoe pravo – Učebnik [Das russische Zivilrecht – Lehrbuch], Bd. I, hrsg. von Evgenij A. Suchanov (Moskau 2010) 57, unter Verweis auf *Iosif Pokrovskij,* Osnovnye problemy graždanskogo prava [Grundlegende Probleme des Zivilrechts] (1917, Nachdruck Moskau 1998) 79 und *Boris Čerepachin,* Trudy po graždanskomu pravu [Werke zum Zivilrecht] (Moskau 2001) 95 ff.; aus der Perspektive des öffentlichen Rechts *Andrej B. Agapov,* Administrativnoe pravo[9] [Verwaltungsrecht] (Moskau 2014) 44–53.

[57] *Pokrovskij,* Osnovnye problemy (Fn. 56) 309; siehe auch *Evgenij A. Suchanov/ L.L. Kofanov,* Vlijanie rimskogo prava na novyj graždanskij kodeks RF [Einfluss des römischen Rechts auf das neue Zivilgesetzbuch der RF], Drevnee pravo [Altes Recht] 1999, Nr. 1, 7. Siehe ausführlich *Kurzynsky-Singer,* Legal Transplants (Fn. 48) 21 ff.

[58] So schreibt Suchanov: „Die Bedeutung des Zivilrechts in Russland besteht vor allem darin, dem Staat Grenzen bezüglich einer unbegründeten, willkürlichen Einmischung in die Wirtschaft zu setzen. […] Gerade das Privatrecht mit seinen grundlegenden Prinzipien der Unantastbarkeit des Eigentums, der Privatautonomie, des Verbotes der Einmischung in die Privatangelegenheiten, einer ungehinderten Gewährleistung und des gerichtlichen Rechtsschutzes der bürgerlichen Rechte stellt ein reales und effektives Schutzmittel gegen die Willkür der öffentlichen Gewalt dar“; *Evgenij A. Suchanov,* Graždanskoe pravo Rossii – častnoe pravo [Das Bürgerliches Recht Russlands – ein Zivilrecht] (Moskau 2008) 41 ff., Übersetzung zitiert nach *Kurzynsky-Singer,* Legal Transplants (Fn. 48) 21. Siehe auch *Suchanov/Kofanov,* Drevnee pravo 1999, Nr. 1, 7, 8.

[59] Siehe z.B. die Entscheidung des Präsidiums des Obersten Wirtschaftsgerichts vom 17.12.2013, Az. 12945/13. Das Gericht erklärte eine Vertragsbedingung, die den privaten Kontrahenten einer Gebietskörperschaft unangemessen benachteiligte, für unwirksam und begründete seine Entscheidung damit, dass die gem. Art. 124 ZGB RF bestehende Gleichstellung der privaten und staatlichen Vertragsparteien eine Ausgewogenheit der Vertragsklauseln erfordere.

IV. Fazit

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist festzuhalten, dass die Vertragsfreiheit im russischen Recht sich einer Beurteilung nach westlichen Maßstäben entzieht.

Zunächst ist zu beachten, dass die kontinentaleuropäische Konzeption der Vertragsfreiheit eine grundsätzliche Fähigkeit des Wettbewerbs voraussetzt, für eine effiziente Allokation der Ressourcen[60] und die Gewährleistung der materiellen Vertragsfreiheit[61] zu sorgen. Ob der Wettbewerb auf dem russischen Markt diesen Kriterien genügt, ist zweifelhaft. Die hohe Beteiligung des Staates am Wirtschaftsverkehr[62] dürfte in vielen Bereichen zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führen.[63]

Weiterhin kann nach deutschem Rechtsverständnis die Vertragsfreiheit nur dann ihre Funktion erfüllen – d.h. eine verbindliche Regelung von privaten Angelegenheiten ermöglichen –, wenn den Verträgen ein hinreichendes Maß an Verbindlichkeit und Beständigkeit zukommt.[64] Die Beständigkeit von Verträgen stellt in der russischen Rechtspraxis ein ernsthaftes Problem dar. Dies führt nicht lediglich zur Belastung der Wirtschaft durch mangelnde Rechtssicherheit und den reduzierten Handlungsspielraum, sondern beeinflusst auch die Rechtsentwicklung im Allgemeinen. Eine zu restriktive gerichtliche Behandlung neuer Vertragsgestaltungen führt nämlich dazu, dass die Kautelarpraxis nicht zur Entwicklung neuer Rechtsideen beiträgt, wodurch die Gefahr einer praxisfernen Rechtsetzung erhöht wird.

Noch viel mehr fällt allerdings die konzeptionelle Andersartigkeit des russischen Vertragsrechts ins Gewicht. Anders als in einer westlichen Rechtsordnung[65] stellt die Vertragsfreiheit im russischen Recht nicht lediglich ein

---

[60] *Jürgen Basedow,* Mehr Freiheit wagen (Tübingen 2002) 7; *Canaris,* AcP 200 (2000) 273, 293.

[61] *Canaris,* AcP 200 (2000) 273, 293.

[62] Siehe bereits oben (Fn. 5–7).

[63] So kann der Staat z.B. die Insolvenz eines staatlichen Betriebs (sog. Unitarbetrieb) durch die Übernahme der Schulden oder ähnliche unterstützende Maßnahmen abwenden. Ein Beispiel einer entsprechenden Rechtsgrundlage bietet Postanovlenie Administracii goroda Voronež „O porjadke dejstvij v slučajach obraščenija vzyskanija na imuščestvo unitarnych predprijatij libo vozniknovenija priznakov bankrotstva“ [Beschluss der Verwaltung der Stadt Voronež „Über das Verfahren im Falle einer Vollstreckungsmaßnahme oder von Insolvenzanzeichen bei einem Unitarbetrieb] vom 23.3.2004, Nr. 418, abrufbar unter <http://www.cfo-info.com/okrug7e/rajonns/read7xuhmaw.htm>. In diesem Beschluss werden Maßnahmen wie die Schuldübernahme durch die Stadtverwaltung, Steuerbefreiung, Unterstützung des Zustandekommens einer Vereinbarung des Unitarbetriebs mit den Gläubigern durch die Stadtverwaltung sowie nicht weiter spezifizierte „weitere Maßnahmen“ vorgesehen.

[64] *Canaris,* AcP 200 (2000) 273, 278.

[65] HWBEuP/*Unberath* (Fn. 12) 1692.

zentrales Element der Privatautonomie dar, sondern sie muss neben der Autonomie der privaten Wirtschaftssubjekte auch die Begrenzung des staatlichen Handlungsspielraums integrieren. Dies wird durch die im russischen Vertragsrecht verankerte Vorstellung, wonach Verträge grundsätzlich Rechte Dritter verletzen können, möglich, was einen wesentlichen konzeptionellen Unterschied zum kontinentaleuropäischen Verständnis der Vertragsfreiheit begründet.

Mehr Offenheit wagen

Von den Niederungen der Empirie zur Kraft der Visionen

Eva-Maria Kieninger

I. Offenheit als Grundhaltung

Jürgen Basedow, zu dessen Ehren diese Tagung stattfindet, hat keine Schule im eigentlichen Sinn begründet, uns Schüler weder auf bestimmte Rechtsgebiete, noch auf eine bestimmte Methode der rechtswissenschaftlichen Forschung festgelegt. Und doch gibt es eine wissenschaftliche Grundhaltung, die ihn selbst auszeichnet und die er auch an uns weitergegeben hat. Diese Grundhaltung scheint mir mit dem Wort „Offenheit" am besten beschrieben.

Seine Freiheit und Offenheit bezieht sich zunächst einmal auf die Wahl der zu bearbeitenden Themen. Eine Festlegung auf bestimmte, vom juristischen *mainstream* gepflegte Fragestellungen ist ihm nicht nur fremd, sondern nachgerade suspekt. Wir alle kennen seine Rede, dass sich die Rechtswissenschaft vor allem an ihren Rändern weiterentwickele, dass man sich gerade der exotischen Themen annehmen solle. Wir alle staunen nach wie vor über die immense thematische Bandbreite seiner Publikationen und die noch größere seines Wissens und Interesses. In der Augsburger Zeit wurde etwa die De-

regulierung der Postmärkte rechtswissenschaftlich vorbereitet[1] und die gängige Sichtweise auf die Kapitallebensversicherung als „Produkt" kritisch hinterfragt.[2] Offenheit für neue Fragestellungen, neue Themen war hier gefragt, im Versicherungsrecht etwa auch die Freiheit, Ansichten zu publizieren, die den finanzstarken Akteuren und potentiellen Drittmittelgebern nicht passten oder vom *mainstream* abwichen. Sehr früh und bevor die Rede vom europäischen Recht als Mehrebenensystem *en vogue* wurde, hat sich *Jürgen Basedow* intensiv mit dem Zusammenspiel von mitgliedstaatlichem Recht, europäischem Primär- und Sekundärrecht und weiteren supranationalen Rechtsquellen befasst und unter anderem die von der herrschenden Meinung im IPR zunächst bekämpfte[3] These vom kollisionsrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten entwickelt.[4]

Gerade wir Schüler haben von dieser Haltung der Offenheit profitiert. Wenn man sich die Habilitationsschriften, Venien und Professuren und nicht zuletzt die in diesem Band versammelten Beiträge ansieht, so gibt es kein Rechtsgebiet, das nicht einen Platz gefunden hätte: Nicht nur die selbstverständlichen Fächer wie IPR, IZVR, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung sind vertreten, sondern auch Kartellrecht, Lauterkeitsrecht, Recht des geistigen Eigentums, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie natürlich sämtliche Bereiche des Bürgerlichen Rechts, einschließlich Familien- und Erbrecht, ja sogar das Steuerrecht. Dasselbe gilt für die Methoden: Die klassische Rechtsvergleichung ist ebenso zu finden wie die ökonomische Analyse des Rechts.

Jürgen Basedows Offenheit bezieht sich weiter auf die Internationalität seiner Forschung und die Zahl der Rechtsordnungen, mit denen er sich im Lauf der Jahrzehnte befasst hat, die wissenschaftlichen Kontakte, die er zu Kollegen im Ausland pflegt, die Forschungs- und Vortragsreisen. Allein in den letzten zwölf Monaten haben ihn Vortragsreisen nach St. Petersburg, Kiew, Rom, Moskau, Thessaloniki, Peking, Santiago de Chile, Montevideo, Buenos Aires, New York und Istanbul geführt. Rechtswissenschaft macht für ihn nicht an Ländergrenzen halt; die Rechtsvergleichung und die Einbeziehung ausländischer Literatur ist ihm eine Selbstverständlichkeit und nicht etwas in rechtsvergleichende Exkurse Abzuschiebendes. Begründungsbedürftig wäre vielmehr die Beschränkung der Behandlung eines Themas nur auf der Grundlage einer einzigen nationalen Rechtsordnung.

---

[1] Das neue Wirtschaftsrecht der Postdienste, hrsg. von Jürgen Basedow (Heidelberg 1995).

[2] *Jürgen Basedow/Roland Donath,* Kapitallebensversicherung als partiarisches Darlehen, ZVersWiss 1992, 419–455.

[3] *Hans-Jürgen Sonnenberger,* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. X, Einl. IPR (4. Aufl. München 2006) Rn. 157 ff., (5. Aufl. München 2010) Rn. 135 ff.

[4] *Jürgen Basedow,* Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, RabelsZ 59 (1995) 1–55.

II. Die Lebenswirklichkeit als Ausgangspunkt

Diese Weite und Offenheit des Denkens ist gepaart mit und bedingt durch eine zweite Grundhaltung – die Orientierung an dem, was die Lebenswirklichkeit in Wirtschaft und Gesellschaft an neuen Fragen aufwirft, nicht dagegen ein Ausgehen von einer bestimmten Theorie, einem Rechtsbegriff oder einer Literaturmeinung.

Nur drei Beispiele aus unterschiedlichsten Zeiten seines Wirkens: Die Dissertation zur Anerkennung von Auslandsscheidungen[5] schließt zwei umfangreiche rechtstatsächliche Untersuchungen zur Anerkennungspraxis der Landesjustizverwaltungen in Hamburg, Bayern und Baden-Württemberg ein, für die weit über 3.000 Fälle durchgesehen wurden. In der Augsburger Zeit hat *Jürgen Basedow* einmal in der NJW einen kleinen Beitrag über die Juristenausbildung und die Notwendigkeit einer stärkeren internationalen Ausrichtung publiziert und seinen Überlegungen selbstverständlich eine statistische Auswertung der Stellenanzeigen der NJW vorangestellt.[6] Einer seiner jüngsten Aufsätze anlässlich des 35. Geburtstags der IPRax,[7] zum Verhältnis des EU-Kollisionsrechts zu den Arbeiten der Haager Konferenz, beginnt mit einer Beschreibung der tatsächlichen Entwicklung beider Institutionen in Bezug auf Tätigkeitsfelder, Zahl und geografische Schwerpunkte ihrer Mitgliedstaaten. Auch dies hat uns Schülerinnen und Schüler geprägt. Nur ein Beispiel: Die Habilitationsschrift von Simon Schwarz über „Globalen Effektenhandel" beginnt mit einem 150-seitigen Teil 1, mit der Überschrift „Rechtswirklichkeit".[8]

Heute sind viele tatsächliche Informationen durch Datenbanken und Internet relativ leicht zugänglich geworden. Das war nicht immer so. Mein eindrücklichstes Erlebnis in Sachen Empirie hatte ich in den 1990er Jahren, als Roland Donath[9] und ich zu dem winzigen Augsburger Flughafen fuhren, um dort das Luftfahrthandbuch (AIP – Aeronautical Information Publication) Germany einzusehen. Wir wollten herausfinden, wie auf den einzelnen deutschen Flughäfen die Ausnahmen für Postflugzeuge vom Nachtflugverbot geregelt waren. Das interessierte uns im Zusammenhang mit der Deregulierung der Postmärkte und der Frage, welche speziellen und häufig eben sehr ver-

---

[5] *Jürgen Basedow,* Die Anerkennung von Auslandsscheidungen (Frankfurt 1980).

[6] *Jürgen Basedow,* Juristen für den Binnenmarkt: Ausbildungssituation im Lichte einer Arbeitsmarktanalyse, NJW 1990, 959–963.

[7] *Jürgen Basedow,* EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz – Ein schwieriges Verhältnis, IPRax 2017, 194–200.

[8] *Simon Schwarz,* Globaler Effektenhandel (Tübingen 2016) 27 ff.

[9] Zu dem leider viel zu früh verstorbenen, ersten Habilitanden von Jürgen Basedow und seinem Werk siehe *Anatol Dutta,* Mehr Testierfreiheit wagen? – Ein Streifzug durch Roland Donaths unveröffentlichte Habilitationsschrift in diesem Band S. 111 ff.

steckten Privilegierungen die Deutsche Bundespost damals im Vergleich zu privaten Anbietern hatte.[10]

Soweit die Anekdoten. Es soll an dieser Stelle gar kein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen dogmatischer und empirischer rechtswissenschaftlicher Forschung herbeigeredet werden. Wie Walter Bayer, einer der führenden Rechtstatsachenforscher in Deutschland, zuletzt in einem Beitrag zur Festschrift für Canaris hervorgehoben und anhand von Rechtsprechungsbeispielen erläutert hat, ist „eine überzeugende Rechtsdogmatik ohne Kenntnis der Tatsachen nicht möglich".[11] Auch diejenigen, die bei ihrer Untersuchung von einem bestimmten Rechtsbegriff ausgehen, haben dabei meist konkrete Sachverhalte vor Augen, seien es solche aus der Rechtsprechung oder hypothetische Fallkonstellationen. Jedoch sind der Zugang und oftmals auch die Durchführung einer Studie im Detail unterschiedlich, je nachdem, ob man die dogmatische Konstruktion oder das zu lösende Sachproblem an den Anfang stellt. Eine allzu starke Konzentration auf das juristische Gewand der Frage wirkt sich zudem oft negativ auf die Anschlussfähigkeit zu anderen Disziplinen aus. Juristen ernten meist Befremden, wenn sie auf die Frage, mit was sie sich so beschäftigen würden, Rechtsbegriffe oder gar „Theorienstreite" nennen. Entsprechende Arbeiten, in denen sogenannte „Literaturmeinungen" heruntergebetet werden, waren unserem gemeinsamen Lehrer schon immer ein Gräuel.[12] Auch das Abklappern der üblichen Auslegungsvehikel (Wortlaut, Systematik, Geschichte, Teleologie) ist seine Sache nicht. Stattdessen hat er seinen und unseren Blick immer wieder auf die Realität von gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Systemen als den notwendigen Ausgangspunkt jeder rechtswissenschaftlichen Forschung gelenkt.[13]

Diese Ausrichtung ist sicher auch eine Frucht der intensiven rechtsvergleichenden Arbeit und der Beschäftigung mit dem Internationalen Privatrecht.

---

[10] Vgl. *Jürgen Basedow/Eva-Maria Kieninger,* Postmärkte, Regulierungskonflikte und regulierungsbedingte Wettbewerbsverzerrungen nach Freigabe der Postmärkte für private Anbieter, in: Wirtschaftsrecht der Postdienste (Fn. 1) 131–178, 140.

[11] *Walter Bayer,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, in: FS Claus-Wilhelm Canaris (Berlin 2017) 319–344, 322. Zum notwendigen Zusammenwirken von normativer und empirischer Herangehensweise siehe auch *Hanjo Hamann/Leonard Hoeft,* Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht, AcP 2017 (2017) 311–336, 315 ff.

[12] Kritisch bereits vor über 100 Jahren *Arthur Nussbaum,* Die Rechtstatsachenforschung – Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht (Tübingen 1914) 32 (= Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 6): „Der durchschnittliche Dissertationentypus, der auf dem Zusammenstellen fremder Meinungen, allenfalls unter Aufstellung sogenannter eigener Mittelmeinungen beruht, bedarf wahrlich dringend der Aufbesserung."

[13] Vgl. nur *Jürgen Basedow,* The Law of Open Societies (Leiden/Boston 2015) 2, Rn. 4: „Our enquiry cannot be limited to an introverted investigation into the various parts of private international law. Of necessity, it presupposes a reflection on the economic, social, cultural, political and legal environment providing the framework for the operation of the discipline."

Die funktionale Rechtsvergleichung, also die nach wie vor für alle praktisch bedeutsamen rechtsvergleichenden Vorhaben[14] dominierende Methode, geht selbst stets von der Lebenswirklichkeit und einem tatsächlichen, zu regelnden Sachverhalt aus.[15] Ebenso stellt das moderne IPR seit Savigny anstelle der möglicherweise anzuwendenden Norm das Rechtsverhältnis in den Mittelpunkt und fragt danach, mit welcher Rechtsordnung der Lebenssachverhalt am engsten verbunden ist.[16] Rechtsvergleichung und IPR haben damit *a priori* einen wesentlich stärkeren Bezug zur Empirie als die sogenannte „dogmatische" Forschung zu Einzelthemen innerhalb eines bestimmten nationalen materiellen Rechts. Auch kann der Rechtsvergleicher in die dogmatischen Detailfragen innerhalb eines fremden Rechtssystems nicht mit derselben Intensität eindringen und seine Auffassungen würden zudem von den Insidern der ausländischen Rechtsordnung möglicherweise nicht besonders ernst genommen werden, so dass eigenständige dogmatische Einzeluntersuchungen innerhalb einer ausländischen Rechtsordnung eine Seltenheit sind.[17]

III. Die Rolle der Empirie für die Privatrechtsentwicklung und -wissenschaft heute

Die prägende Rolle, welche mithin die Erfassung der Lebenswirklichkeit für die Forschung von Jürgen Basedow einnimmt, soll im Folgenden Anlass für einige Beobachtungen zur Bedeutung der Empirie für die Rechtsentwicklung und die Rechtswissenschaft heute sein. Sind wir schon an einem zufriedenstellenden Punkt angelangt? Entspricht die Dichte und Intensität rechtstatsächlicher Fundierungen den Möglichkeiten, die sich heute gerade durch die modernen Informations- und Kommunikationsmittel bieten? Empirie oder Lebenswirklichkeit ist natürlich ein sehr weiter Begriff. Im Folgenden sollen lediglich zwei Aspekte unterschieden werden, nämlich erstens das Sammeln von Fakten und Daten und deren statistische Aufbereitung (deskriptiver Ansatz),[18] sowie zweitens die Ableitung allgemeiner Gesetzmäßigkeiten aus

---

[14] Zur Praxisrelevanz der Rechtsvergleichung siehe *Jürgen Basedow,* Comparative Law and its Clients, Am.J.Comp.L. 62 (2014) 821–857.

[15] Vgl. nur *Konrad Zweigert/Hein Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung[3] (Tübingen 1996) 33 ff. Zur praktischen Bedeutung und zur Verpflichtung auf eine so verstandene Rechtsvergleichung durch das Völker- und Europarecht sowie das Internationale Privatrecht *Jürgen Basedow,* Hundert Jahre Rechtsvergleichung, JZ 2016, 269–280.

[16] Vgl. *Ulrike Seif,* Savigny und das Internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts, RabelsZ 65 (2001) 492–512.

[17] Ein Beispiel für eine gelungene Untersuchung zur ausländischen Dogmatik ist die Dissertation von *Sonja Meier,* Irrtum und Zweckverfehlung, Die Rolle der unjust-Gründe bei rechtsgrundlosen Leistungen im englischen Recht (Tübingen 1999).

[18] Vgl. *Bayer,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 11) 331.

solchen Datensammlungen (explanativer Ansatz). Es versteht sich, dass der zweite Schritt auf dem ersten aufbaut, und dass der zweite wesentlich mehr sozialwissenschaftliche Kompetenz verlangt, um Fehler zu vermeiden.[19] Im Weiteren soll vor allem nach dem ersten Schritt gefragt werden: Sammeln die verschiedenen an der Rechtsentwicklung Beteiligten, also Rechtswissenschaft,[20] Gesetzgeber und Obergerichte, überhaupt in ausreichendem Maß und mit der gebotenen Methodik Fakten und Daten, um daraus sozialwissenschaftliche Schlüsse als empirische Grundlage normativer Entscheidungen ableiten zu können?

1. Rechtswissenschaft

Zu beginnen ist mit der Rechtswissenschaft, nicht nur, weil wir mit diesem Band einen Rechtswissenschaftler ehren, sondern auch, weil Universitäten und Institute am ehesten über die zeitlichen und personellen Ressourcen verfügen könnten, die für empirische Studien notwendig sind, und weil die Rechtswissenschaft insoweit gegenüber Gesetzgebern und Gerichten eine Vorreiterrolle einnehmen müsste.[21]

a) Die Begründer der Rechtstatsachenforschung

Die Rechtstatsachenforschung kann auf eine über hundertjährige Geschichte zurückblicken. Doch ist erstaunlich, dass die Programmschriften der Begründer, Eugen Ehrlich und Arthur Nussbaum, aus den Jahren 1913[22] bzw. 1914[23] bis heute nichts von ihrer Aktualität eingebüßt haben und ihre Forderungen bis heute nicht eingelöst sind. Das gilt für ihre Kritik am gängigen Ausbildungs- und Wissenschaftsbetrieb ebenso wie für ihre Kernaussagen zur „neuen Richtung", die die Rechtswissenschaft nehmen sollte. Viele Zitate klingen für uns *Basedow*-Schüler zudem sehr vertraut.

Mit glühenden Worten geißelt der aus Cernowitz in der Bukowina stammende Romanist Eugen Ehrlich die Rechtsdogmatik und den Rechtsunterricht an den Universitäten seiner Zeit als lebensfremd und nur auf den Richterberuf

---

[19] Eingehend zu den möglichen Fehlerquellen *Niels Petersen,* Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010) 435–455, 447 ff.

[20] Zur Rolle der Rechtswissenschaft für die Rechtsentwicklung *Wolfgang Ernst,* Gelehrtes Recht, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft, hrsg. von Christoph Engel/Wolfgang Schön (Tübingen 2007) 3, 11 m.w.N.

[21] Vgl. *Bayer,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 11) 331 f.

[22] *Eugen Ehrlich,* Grundlegung der Soziologie des Rechts (Berlin 1913), hier zitiert nach der von Manfred Rehbinder durchgesehenen und herausgegebenen 4. Aufl. 1989.

[23] *Nussbaum,* Rechtstatsachenforschung (Fn. 12). Nussbaum wird in der Sekundärliteratur überwiegend mit „ß" geschrieben – vgl. *Thomas Raiser,* Grundlagen der Rechtssoziologie[6] (Tübingen 2013) 16 –, jedoch weist der Erstdruck seiner Schrift den Autor als Arthur Nussbaum aus.

zugeschnitten und mahnt stattdessen zur Erforschung des „lebenden Rechts".[24] Eine Kostprobe:

„Etwas anderes als Beamtenschulen wollten und konnten die juristischen Fakultäten nicht werden und das war bestimmend, nicht bloß für den Unterricht, sondern auch für die Forschung und die Literatur. Daher findet vor allem der juristische Urkundenverfasser und der Rechtsanwalt kaum etwas, woraus er sich über die verantwortungsvollen, schwierigen und wichtigen Aufgaben seines Berufes belehren könnte."[25] Ehrlich kritisiert weiter die Methode, deren einziges Ziel darin bestehe, dem Richter Rechtssätze an die Hand zu geben, damit er seinen Fall entscheiden könne. Er schreibt: „Abstrahierend und deduktiv ist aber mit Ausnahme der allgemeinen Staatslehre die ganze Jurisprudenz, als ob es für den menschlichen Geist keine höhere Errungenschaft gäbe, als blutleere Gebilde zu schaffen, die, je abstrakter sie sind, umso mehr jede Fühlung mit der Wirklichkeit verlieren. Sie setzt sich damit in einen schroffen Widerspruch zu aller echten Wissenschaft, bei der die induktive Methode vorherrscht, die durch Beobachten von Tatsachen, Sammeln von Erfahrungen unsere Einsicht in das Wesen der Dinge zu vertiefen sucht."[26]

Ehrlich folgert aus seinen Überlegungen, dass die Rechtswissenschaft, wenn sie diesen Namen verdienen will, sich mit dem tatsächlichen Rechtsleben, also den Urkunden, Verträgen, Testamenten, Verbandsstrukturen etc. beschäftigen und nicht weiter an dem Irrglauben festhalten solle, dass sich die Rechtswirklichkeit in der Anwendung von Normen und Zwang erschöpfe. Spöttisch schreibt er, der heutige Jurist könne sich ein menschliches Zusammenleben ohne Rechtszwang gar nicht vorstellen: „Eine Familie, die nicht behördlich zusammengehalten oder wenigstens beaufsichtigt, ein Eigentum, das nicht von den Gerichten geschützt […], ein Erbe, das nicht durch irgendein Rechtsmittel durchsetzbar wäre", seien solchen Juristen „rechtlich gleichgültige Dinge".[27]

Auch der Kollisionsrechtler Arthur Nussbaum kritisiert die zu große Konzentration der juristischen Wissenschaft auf „rein formal methodologische Erörterungen um den abstrakten Begriff der Rechtsfindung als Mittelpunkt".[28]

---

[24] *Ehrlich,* Grundlegung (Fn. 22) 409. Siehe auch die Darstellung von *Raiser,* Grundlagen (Fn. 23) 74.

[25] *Ehrlich,* Grundlegung (Fn. 22) 19. Ähnlich urteilte rund hundert Jahre später der Wissenschaftsrat, vgl. *Wissenschaftsrat,* Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Hamburg 9.11.2012), <www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>, 63: „Im derzeitigen rechtswissenschaftlichen Studium mit seiner Konzentration auf die dogmatischen Inhalte sind Rechtsanwendung und -auslegung zu Schwerpunkten geworden. Die Ausbildung von Kompetenzen, die nötig sind, um Recht – wie beispielsweise Gesetze oder Verträge – aktiv mit zu gestalten, wurde demgegenüber vernachlässigt. Derzeit fehlt es der Rechtswissenschaft in Forschung und Lehre an Methoden und didaktischen Konzepten in diesen Bereichen. Dabei gehören Regelungs- und Verfahrenswissen zu den genuinen juristischen Kompetenzen."

[26] *Ehrlich,* Grundlegung (Fn. 22) 20.

[27] *Ehrlich,* Grundlegung (Fn. 22) 81.

[28] *Nussbaum,* Rechtstatsachenforschung (Fn. 12) 2.

Er plädiert nun aber nicht dafür, das tatsächliche Leben der Familien, Verbände und Gesellschaften mit naturwissenschaftlichen Methoden zu erforschen. Dies könne nicht Gegenstand der Jurisprudenz sein. „Mit innerer Notwendigkeit" stünde „in ihrem Mittelpunkt nur die Norm als solche, auch wenn die Bedeutung der Konstruktion [...] in der Tat ganz erheblich überschätzt" werde.[29] Die Erforschung der Lebenswirklichkeit dient für Nussbaum dazu, Lehre und Forschung auf diejenigen Rechtssätze zu konzentrieren, die für das Verständnis eines Rechtsgebiets essentiell und von hoher praktischer Relevanz sind. Der Rechtsunterricht solle „den Stoff mehr nach seiner allgemeinen Bedeutung für das Rechtsleben auswählen", dann könne er „eine unendlich viel größere Menge an Theoremen und Konstruktionen beiseite lassen".[30] Auch der folgende Satz könnte gut von *Jürgen Basedow* stammen:

> „Es muss ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Aufwand an wissenschaftlicher Energie und den in der Regel doch nur wirtschaftlichen Interessen bestehen, die von der Entscheidung der Streitfrage abhängen. Oft kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die wirklichen wirtschaftlichen Interessen, die durch das Thema einer Abhandlung oder Monographie betroffen werden, nicht einmal die baren Kosten des Drucks und des Verlags decken könnten."[31]

b) Rechtstatsachenforschung heute

Wie steht es heute, mehr als 100 Jahre nach der Erstveröffentlichung des Programms, um die Rechtstatsachenforschung? Verschwunden, wie Wieacker 1967 bedauernd feststellte,[32] ist sie sicher nicht. Inhaltlich scheint sie eher die von Nussbaum favorisierte Richtung eingeschlagen zu haben. Sie dient dazu, die wirtschaftliche Bedeutung der zu regelnden Sachverhalte zu eruieren, die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Rahmenbedingungen zu erhellen, auf die eine bestimmte Rechtsregel trifft, und die Folgen unterschiedlicher Regelungsalternativen zu beurteilen.[33] Dagegen hat sich die Auffassung Ehrlichs, die Rechtswissenschaft müsse sich mit naturwissenschaftlichen

---

[29] *Nussbaum,* Rechtstatsachenforschung (Fn. 12) 6.

[30] *Nussbaum,* Rechtstatsachenforschung (Fn. 12) 29. In dieselbe Richtung ebd. 13: „Tatsächlich ist ein ganz gewaltiger Teil der juristischen Literatur schon wegen verfehlter Problemstellung vollständig unnütz. Eine Abhandlung wird auch dadurch nicht gerechtfertigt, daß die ihren Vorwurf bildende rechtliche Konstellation tatsächlich in irgendeinem veröffentlichten Falle einmal vorgekommen ist oder dass sie einmal vorkommen könnte."

[31] *Nussbaum,* Rechtstatsachenforschung (Fn. 12) 13.

[32] Vgl. *Franz Wieacker,* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (Göttingen 1967) 573.

[33] Vgl. auch *Andreas Heldrich,* Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986) 74–114, 107: „Dabei wird Rechtstatsachenforschung hier in einem sehr weiten Sinn verstanden als die Untersuchung der sozialen Gegebenheiten, welche das Recht zu regeln unternimmt [...] wie auch der konkreten sozialen Folgen, die sich aus der rechtlichen Regelung ergeben."

Methoden primär dem „lebenden Recht", als den nicht vom Staat gesetzten und potentiell mit staatlichem Zwang durchsetzbaren Verhaltensmaximen zuwenden, nicht durchzusetzen vermocht.[34]

Was die Breite und Dichte der empirischen Fundierung rechtswissenschaftlicher Forschung insgesamt angeht, insbesondere an den Universitäten, so hat sie in den letzten hundert Jahren allerdings bei weitem noch nicht den Stellenwert erlangt, der ihr zukommen müsste[35] und der angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten, von denen Ehrlich und Nussbaum noch nicht einmal träumen konnten, realisierbar wäre.[36] Nur zwei deutsche Fakultäten unterhalten eigene Institute, nämlich Jena[37] und Konstanz;[38] ein weiteres deutschsprachiges Institut gibt es in Innsbruck.[39] Selbst für das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, wo empirische Erhebungen zum einen besonders wichtig sind (man denke an Regeln zur Vorstandsvergütung, Frauenquote oder Aktionärsklagen) und zum anderen Daten aufgrund der Registerpublizität und der Berichtspflichten relativ leicht zugänglich sind, bleibt die Forschung hinter den Notwendigkeiten und Möglichkeiten zurück. So konstatiert Holger Fleischer, dass zwar anerkannt sei, dass „juristische Probleme […] sich ohne ein klares Bild von der sozialen Wirklichkeit nicht lösen, oft nicht einmal erkennen" ließen, dass aber gerade im Gesellschaftsrecht, „die Forderung nach vermehrter Rechtstatsachenforschung noch immer auf ihre Einlösung warte und von staatlicher Seite nur unzureichend unterstützt" werde.[40] Auch der langjährige Vorsitzende des Gesellschaftsrechtssenats beim BGH,

---

[34] Walter Bayer, Direktor des Jenaer Instituts für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht, beruft sich in seinem Beitrag „Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung" (oben Fn. 11) 320 nur auf Nussbaum, nicht auf Ehrlich.

[35] Vgl. nur *Bayer,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 11) 320 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Zum Vergleich mit der Situation in den USA siehe *Gerald Spindler/Simon Gerdemann,* Rechtstatsachenforschung, AG 2016, 698, 699 ff.

[36] Vgl. auch *Hanjo Hamann,* Evidenzbasierte Jurisprudenz (Tübingen 2014) 16.

[37] Vgl. etwa: Die Aktiengesellschaft im Spiegel der Rechtstatsachenforschung, hrsg. von Walter Bayer (Jena 2007). Siehe außerdem *ders.,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 11) mit zahlreichen Nachweisen aus den Arbeiten des Jenaer Instituts.

[38] Homepage des Jenaer Instituts mit Publikationsliste: <http://www.rewi.uni-jena.de/Fakultät/Institute/Institut+für+Rechtstatsachenforschung.html>. Homepage des Konstanzer Instituts mit einer Liste der Forschungsprojekte: <http://www.uni-konstanz.de/rtf/index.html>.

[39] Vgl. die Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung", darunter Band 5: Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag, hrsg. von Heinz Barta/Michael Ganner/Caroline Voithöfer (Innsbruck 2013).

[40] *Holger Fleischer,* in: Münchener Kommentar GmbHG^2 (München 2015) Einleitung Rn. 198.

Röhricht, beklagt den Mangel an gründlicher Rechtstatsachenforschung im deutschen Rechtsraum.[41]

Einige Ursachen sind leicht erkennbar, so die Einstellung von statistischen Erhebungen zu Anzahl, Kapital und Rechtsform von Kapitalgesellschaften aus Kostengründen im Jahr 1996.[42] Ohne Primärdaten sind empirische Forschungen noch schwieriger und zeitaufwändiger.[43] Unmittelbar einleuchtend ist auch, dass zwei Universitätsinstitute für Deutschland zu wenig sind, und dass dies auch durch die stärker interdisziplinär ausgerichteten Max-Planck-Institute allein nicht ausgeglichen werden kann. Entsprechend hat Bayer kürzlich den „Ausbau der universitären Rechtstatsachenforschung in interdisziplinären Forschergruppen“ und die Schaffung der „hierfür bislang nur in Ansätzen vorhandenen institutionellen und finanziellen Rahmenbedingungen“ gefordert.[44] Hanjo Hamann sieht in seinem 2014 erschienenen Buch über „Evidenzbasierte Jurisprudenz“ eine weitere Ursache darin, dass das Rechtsstudium, jedenfalls in Deutschland, angehende Juristen nicht mit den Kenntnissen ausstatte, die für eine ernsthafte empirische Forschung notwendig wären.[45] Ein anderer Grund könnte sein, dass die Nachbarwissenschaften, bei denen die Juristen Rat und Orientierung suchen, besonders die Ökonomie, ihrerseits stark theorielastig sind, ihre Aussagen in wenig verständliche Formulierungen und mathematische Formeln kleiden und sich oft nicht weiter daran stören, dass ihre Modelle nicht der Wirklichkeit entsprechen.[46] Eine weitere These wäre, dass die Rechtstatsachenforschung gerade durch die Person und das *œuvre* Eugen Ehrlichs als eine Teildisziplin der Rechtssoziologie

---

[41] *Volker Röhricht,* Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, ZGR 1999, 445–478, 468.

[42] Dazu kritisch *Herbert Hansen,* Der GmbH-Bestand stieg auf 770000 Gesellschaften an, GmbHR 1997, 204–207; *Holger Fleischer,* Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft (Fn. 20) 50–76, 70.

[43] Zu den Schwierigkeiten, Zahl, Rechtsform und internationale Struktur von Kapitalgesellschaften in der EU aus den amtlichen Registern zu extrahieren, eingehend *Carsten Gerner-Beuerle/Federico Mucciarelli/Edmund Schuster/Mathias Siems,* Study on the Law Applicable to Companies, Final Report, June 2016, 33 ff. (veröffentlicht auf <https://publications.europa.eu/en/home>).

[44] *Bayer,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 11) 341.

[45] *Hamann,* Evidenzbasierte Jurisprudenz (Fn. 36) 14; in dieselbe Richtung *Alexander Stöhr,* Die Bestimmung der Transparenz im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, AcP 216 (2016) 558–583, 579.

[46] Vgl. etwa *Roland Kirstein/Alexander Neunzig,* Internationale Zuständigkeit von Gerichten und die Anerkennung ausländischer Gerichtsurteile, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd. 18 (Tübingen 1999) 345 und das Koreferat von *Eva-Maria Kieninger* im selben Band. Einen empfehlenswerten Brückenschlag zwischen Ökonomik und Recht bietet dagegen das Lehrbuch von *Emanuel Towfigh/Niels Petersen,* Ökonomische Methoden im Recht[2] (Tübingen 2017).

wahrgenommen wird,[47] die sich ihrerseits in den Augen vieler (gerade auch jüngerer) Rechtswissenschaftler zu sehr in Methodendiskussionen verstrickt hat und inhaltlich wie terminologisch wenig Anschlussfähigkeit an Fragen der Auslegung des geltenden Rechts aufweist.[48]

Es gibt aber auch sachgegebene Schwierigkeiten, die nicht durch Änderung von Ausbildungsordnungen, Herangehensweisen oder bessere finanzielle Ausstattung zu lösen sind. Viele Informationen lassen sich nicht aus Statistiken oder anderen veröffentlichten Rohdaten ermitteln, sondern erfordern Zugang zu Expertenwissen, das nur durch Konsultationen, Interviews etc. zu extrahieren ist. Die Beteiligung bzw. die Rücklaufquote ist bei derartigen Erhebungen oft gering.[49] Zudem sind die Antworten fehleranfällig, wenn nach den möglichen Auswirkungen einer künftigen Regulierung oder nach Präferenzen für verschiedene künftige Lösungen gefragt wird, da sich die Praxis größtenteils nur mit den Regeln befasst, die bereits gelten. Je komplexer die Fragestellung ist (und bei transnationalen Sachverhalten oder Regelungen liegt die Komplexität schon in der Natur der Sache), desto geringer die Zahl und umso höher die Unzuverlässigkeit der Antworten. Was soll etwa der Verkaufsleiter oder Geschäftsführer eines westfälischen Landmaschinenherstellers sagen, wenn er gefragt wird, ob und in welcher Höhe das künftige Protokoll zur Kapstadt-Konvention bezüglich Ausrüstungsgegenständen der

---

[47] *Hamann,* Evidenzbasierte Jurisprudenz (Fn. 36) 16 (allerdings ohne den Rekurs auf Ehrlich).

[48] Vgl. bereits *Heldrich,* AcP 186 (1986) 74, 76: „Die moderne Soziologie hat aber – von wenigen Ausnahmen abgesehen – zu den gesellschaftlichen Verflechtungen unseres Rechtswesens nur wenig auch für Juristen Erhellendes beizusteuern gewusst. Ihre Erkenntnisse über die Zusammenhänge von Recht und Sozialstruktur liegen im Allgemeinen auf einer gesellschaftstheoretischen Abstraktionshöhe, welche die Interessen und wohl auch den Horizont unseres Berufsstands weit übersteigt und allenfalls die esoterischen Zirkel der sog. Rechtstheorie zu fesseln vermag." In dem auf die Dogmatik konzentrierten *ad personam*-Vortrag von *Rolf Stürner* bei der Zivilrechtslehrertagung 2013 zum Thema „Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik" (AcP 214 (2014) 7–54) wird die Rechtstatsachenforschung überhaupt nicht, die Rechtssoziologie nur am Rande erwähnt. Beide Bereiche spielten auch in den übrigen Referaten unter dem Oberthema „Methoden des Privatrechts" keine Rolle.

[49] Vgl. etwa die Rücklaufquote von unter 2 % bei der Studie des British Institute for International and Comparative Law zur Vorbereitung der EU-Kommissionsstudie zu Art. 14 Rom I-VO, vgl. *Eva-Maria Kieninger,* Das auf die Forderungsabtretung anwendbare Recht im Licht der BIICL-Studie, IPRax 2012, 289–297, 290, Fn. 11. Eine wesentlich bessere Rücklaufquote von 18 % erreichten die Verfasser einer 2017 veröffentlichen Studie zum europäischen Gesellschaftskollisionsrecht bei ihrer Expertenbefragung, vgl. *Carsten Gerner-Beuerle/Federico Mucciarelli/Edmund Schuster/Mathias Siems,* Study on the Law Applicable to Companies (Fn. 43). Das stellt nach Auffassung der Autoren offenbar schon die Spitze des Möglichen dar, vgl. ebd., m.w.N. Von Rücklaufquoten im Bereich von 30 % bis 40 % berichten *Hamann/Hoeft,* AcP 2017 (2017) 311, 325.

Bergbau-, Agrar- und Bauindustrie (sog. MAC-Protokoll)[50] seine Verkaufszahlen steigern und wie sich das neue Regelwerk auf seine Gewinnmarge auswirken wird?[51] Wenn aber, wie oft erforderlich, der Interviewer den Kontext und die Bedeutung der Frage erst einmal erläutern muss, erscheint fraglich, für wie neutral die Antwort dann noch gelten kann. Nach meinem Eindruck müsste in das Design und die praktische Umsetzung solcher Expertenbefragungen noch wesentlich mehr Zeit und Mühe investiert werden.[52]

c) Übertreibungen nach beiden Seiten

Natürlich gibt es hinsichtlich des Nutzens von Statistiken auch Fehlentwicklungen und Übertreibungen. Vor allem der Wunsch der Politik, aber auch der mit den exakten Naturwissenschaften wetteifernden Sozialwissenschaftler geht dahin, Aussagen in möglichst griffigen Zahlen präsentieren zu können. Dies macht auch vor der Rechtsvergleichung nicht halt. Bei der sogenannten statistischen Rechtsvergleichung,[53] die durch Studien der Weltbank[54] auch Eingang in die Wirtschafts- und Rechtspolitik gefunden hat,[55] wird das Vorhandensein bestimmter Regulierungen, etwa zum Aktionärsschutz oder zur Korruptionsbekämpfung, untersucht und jeder Einzelaspekt je Rechtsordnung mit Eins, Null oder 0,5 bewertet, je nachdem ob eine bestimmte Regel ganz, nicht oder teilweise vorhanden ist. Diese Werte werden aggregiert und führen so zu einer Gesamtnote, etwa für das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht einer bestimmten Rechtsordnung, die dann den Gesamtnoten anderer Staaten gegenübergestellt werden. Der Charme der Einfachheit und konzisen Darstellbarkeit der Ergebnisse liegt ebenso auf der Hand wie die Fehleranfälligkeit eines solchen Vorgehens:[56] Die Auswahl der einer Kodierung für würdig

---

[50] Vgl. dazu *Benjamin von Bodungen/Ole Böger,* Neue Regeln für den kreditfinanzierten Handel mit Ausrüstungsgegenständen für Landwirtschaft, Bauindustrie und Bergbau, WM 2017, 1241–1252.

[51] Vgl. Fragen 10–18 eines Fragebogens an deutsche Hersteller von „Mining, Agriculture and Construction Equipment“, der im August 2017 zur Vorbereitung der 2. Session des Committee of Governmental Experts, 2.–8.10.2017, verschickt wurde, und der Verf. vorliegt.

[52] Beispielgebend ist die Konzeption, Transparenz und Auswertung der Expertenbefragung in der Studie von *Carsten Gerner-Beuerle/Federico Mucciarelli/Edmund Schuster/Mathias Siems,* Study on the Law Applicable to Companies (Fn. 43).

[53] Grundlegend *Rafael La Porta/Florencio Lopez-de-Silanes/Andrei Shleifer/Robert W. Vishny,* Legal Determinants of External Finance, Journal of Finance 52 (1997) 1131–1150.

[54] Vgl. die Nachweise bei *Mathias M. Siems,* Statistische Rechtsvergleichung, RabelsZ 72 (2008) 354–390, 365 ff.

[55] Vgl. *Christoph A. Kern,* In der Zange der Zahlen: Rechtsvergleichung und wissenschaftlicher Zeitgeist, ZVglRWiss 116 (2017) 419–437, 434 ff.

[56] Ausführliche Darstellung und methodologische Kritik bei *Uwe Kischel,* Rechtsvergleichung (München 2015) § 3 Rn. 106 ff.; *Siems,* RabelsZ 72 (2008) 354. Im Hinblick auf mögliche Perspektiven positiver *Fleischer,* Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Fn. 42) 70 f.

befundenen Einzelregelungen ist von der Warte des Untersuchenden und dem, was er/sie an Regulierungen in einem bestimmten Rechtsgebiet für wichtig hält, massiv beeinflusst. Die Auswahl zwischen Null, Eins und 0,5 lässt keine Abstufungen und Zwischentöne zu; die Abweichungen vom richtigen Wert können sich innerhalb der einzelnen Rechtsordnungen ebenso zufällig addieren wie gegeneinander aufheben. Die bei jeder Rechtsvergleichung bestehende Gefahr, dass funktional äquivalente Regelungsmechanismen aus anderen Rechtsgebieten dem Betrachter entgehen, scheint bei der mehr schematisch vorgehenden statistischen Rechtsvergleichung besonders groß. Kritik haben auch die Ergebnisse hervorgerufen: Insbesondere die *legal origin*-Theorie, wonach diejenigen sog. Entwicklungsländer, die während der Kolonialherrschaft dem Einfluss des *common law* unterlagen, heute ökonomisch besser abschneiden würden als diejenigen, die vom *civil law* beeinflusst waren, offenbare nur den „home bias" der Autoren.[57] Die Weltbank hat sich von dieser *legal origin*-Theorie in ihrem jüngsten World Development Report 2017 übrigens explizit verabschiedet.[58] In der Kombination von Statistik und Rechtsvergleichung liegt also offenbar nicht die Krone der internationalen, empirisch fundierten Rechtswissenschaft. Uwe Kischel weist ihr einen Platz allenfalls „am Rande der Rechtsvergleichung" zu.[59]

Zuspitzungen gibt es auch auf der anderen Seite des Spektrums. Besonders pointiert hat Wolfgang Ernst vor einigen Jahren in seinem Aufsatz zum „Proprium der Rechtswissenschaft" ein Festhalten am „strictly legal point of view" angemahnt.[60] Er schreibt: „Wer als ausgebildeter Jurist seine Absicht erklärt, er wolle seinen Gegenstand nicht nur als Jurist, sondern zugleich als Philosoph, Sozialwissenschaftler, Systemtheoretiker oder Ökonom erfassen, der gibt in Wirklichkeit seinen Anspruch auf echtes Fachgelehrtentum preis".[61] Solche Interdisziplinarität ist für Ernst eine „Versuchung, abwechslungshalber auch einmal andere als die strikt juristischen Gesichtspunkte ins Spiel zu bringen", eine Versuchung, die besonders dort gedeihen könne, wo der Rechtswissenschaftler die Freiheit „im Schutzraum der akademischen Institution genießt".[62] Weiterhin sieht Ernst gerade in der Beschränkung des normanwendenden Juristen auf rein rechtliche Gesichtspunkte unter Ausblendung

---

[57] *Siems,* RabelsZ 72 (2008) 354, 384 ff.; *Kischel,* Rechtsvergleichung (Fn. 56) § 3 Rn. 122 ff.

[58] *World Bank Group,* World Development Report 2017, Governance and the Law, <http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>, 87 f.

[59] *Kischel,* Rechtsvergleichung (Fn. 56) § 3 Rn. 125.

[60] *Ernst,* Gelehrtes Recht (Fn. 20) 15 ff. Dazu kontrastierend das zweite Referat zum Zivilrecht von *Fleischer,* Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Fn. 42) 74: „Einigkeit sollte jedenfalls im Ausgangspunkt herrschen, daß eine hermetische Abschirmung der Rechtswissenschaft gegenüber ihren Nachbarfächern heute weniger denn je in Betracht kommt."

[61] *Ernst,* Gelehrtes Recht (Fn. 20) 17.

[62] *Ernst,* Gelehrtes Recht (Fn. 20) 17.

religiöser, sittlicher oder rhetorischer Aspekte eine „rechtskulturelle Errungenschaft ersten Grades", die Voraussetzung sei für juristische Spitzenleistungen.[63]

Zuzugeben ist zweifellos, dass es eine kulturelle Leistung ist, und mehr noch, ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit und der Gleichbehandlung vor dem Gesetz, dass Gerichte aus dem Gesamtkomplex eines Lebenssachverhalts nur die für die Subsumtion erforderlichen Elemente herausgreifen und die Rechtsnormen unabhängig von moralischen oder sittlichen Erwägungen anwenden. Das setzt aber nicht notwendig einen *strictly legal point of view,* sondern nur einen *strictly scientific point of view* voraus. Der Rechtswissenschaftler, der Gesetzgeber oder auch ein das Recht fortbildendes Obergericht müssen rechtstatsächliche oder ökonomische Erkenntnisse nicht ausblenden, um ihrer Mission treu zu bleiben. Wollte man mit diesen Postulaten Ernst machen, dann müsste die Rechtswissenschaft sich von vielen interessanten und drängenden Fragen völlig fernhalten. Wie etwa sollte die Wirksamkeit von Informations- und Belehrungspflichten als Instrumente des Verbraucherschutzes[64] oder die Wirkung des Delisting auf Aktienkurse und damit die Notwendigkeit eines Pflichtangebots an Minderheitsaktionäre[65] von einem *strictly legal point of view* aus beurteilt werden? „Rechtstatsächliches" rechnet Ernst denn auch offenbar noch zum eigenen Forschungsbereich des Juristen,[66] aber wie dies etwa von der Ökonomik abgegrenzt werden soll, bleibt offen. Auch Ernst sieht natürlich das Bedürfnis, konkrete Fragestellungen nicht nur aus juristischer, sondern auch aus ökonomischer, verhaltenswissenschaftlicher, soziologischer Sicht usw. zu betrachten, meint aber, hierzu seien nur die jeweiligen Fachvertreter berufen, Juristen sollten sich hier nicht „amateurhaft" betätigen, die Lösung sei vielmehr Spezialisierung und arbeitsteilige Zusammenarbeit.[67] Letztlich läuft die Diskussion damit auf eine Frage der Schwerpunktsetzung und des rechten Maßes hinaus, denn dass auch bei einem arbeitsteiligen Zusammenwirken jeder Beteiligte etwas von der Nachbardisziplin zur Kenntnis nehmen und verstehen muss, damit aus der Forschungsarbeit ein sinnvolles Ganzes werden kann, versteht sich meines Erachtens von selbst. „Mehr Offenheit wagen" scheint mir daher der zielführendere Wahlspruch als der des *strictly legal point of view* zu sein.

---

[63] *Ernst,* Gelehrtes Recht (Fn. 20) 16 f.

[64] Vgl. *Omri Ben-Shahar/Carl Schneider,* The Failure of Mandated Disclosure, Penn.L. Rev. 159 (2011) 649–749.

[65] *Walter Bayer,* Die Delisting-Entscheidungen „Macrotron" und „Frosta" des II. Zivilsenats des BGH, ZfPW 2015, 163–225.

[66] *Ernst,* Gelehrtes Recht (Fn. 20) 21.

[67] *Ernst,* Gelehrtes Recht (Fn. 20) 19 ff.

2. *Empirische Fundierung der Gesetzgebung und Folgenabschätzung*

Kommen wir damit zweitens zum Gesetzgeber: Dass gerade er auf zuverlässiger Tatsachengrundlage und einer zutreffenden Einschätzung des *status quo* operieren und die Folgen seines Handelns für Wirtschaft und Gesellschaft abschätzen muss, steht außer Frage.

a) *Nationale Ebene*

In Deutschland ordnet dementsprechend die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien in § 43 an, dass die Begründung von Gesetzesvorlagen darlegen muss, welcher Sachverhalt dem Gesetzentwurf zugrunde liegt, auf welchen Erkenntnisquellen er beruht und welche Folgen das Gesetz nach sich ziehen wird. § 44 regelt eingehend, wie die finanziellen Folgen für die öffentlichen Haushalte, die Wirtschaft und die Verbraucher darzustellen sind und wie das federführende Ressort die Gesetzesfolgen nach dem Inkrafttreten zu überwachen hat.

Schaut man in die Bundestagsdrucksachen, so gewinnt man allerdings den Eindruck, dass die Praxis diesen Anforderungen nur rudimentär und lustlos gerecht wird, wie beispielhaft an zwei politisch besonders brisanten Gesetzesvorlagen der neuesten Zeit gezeigt werden soll: Der Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken vom 14.6.2017[68] enthält nur zwei Sätze über Daten zur Löschpraxis:

> „Ein von jugendschutz.net durchgeführtes Monitoring der Löschpraxis sozialer Netzwerke vom Januar/Februar 2017 hat ergeben, dass die Beschwerden von Nutzerinnen und Nutzern gegen Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte nach wie vor nicht unverzüglich und ausreichend bearbeitet werden. Zwar werden bei YouTube mittlerweile in 90 Prozent der Fälle strafbare Inhalte gelöscht, Facebook hingegen löschte nur in 39 Prozent der Fälle, Twitter nur in 1 Prozent der Fälle."

Selbst diese dürftigen Angaben werden nicht durch Nachweise gestützt, so dass sie nicht überprüfbar sind.[69] Die Rechtsfolgenabschätzung erschöpft sich in einer Darlegung der zu erwartenden Verwaltungskosten.

Ein zweites Beispiel ist die Gesetzesvorlage zur Bekämpfung von Kinderehen. Der Gesetzesentwurf der Bunderegierung vom 17.5.2017[70] beschränkt sich in Bezug auf die tatsächliche Ausgangslage wiederum auf pauschale Behauptungen ohne Nachweise. Es seien in der jüngeren Vergangenheit „vermehrt minderjährige bereits verheiratete Flüchtlinge in die Bundesrepublik Deutschland gekommen". Teilweise seien die Betroffenen unter 16 Jahre alt.

---

[68] BT-Drucks. 18/12727 vom 14.6.2017.

[69] Zur Überprüfbarkeit der Datengrundlage als notwendige Bedingung eines empirischen Ansatzes ausführlich und mit zahlreichen Beispielen *Bayer,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 11) 332 ff.

[70] BT-Drucks. 18/12377 vom 17.5.2017.

Die *ordre public*-Klausel werde „in Bezug auf die hier angesprochenen Kinderehen uneinheitlich angewandt. Dies [werde] angesichts des Schutzbedürfnisses der Minderjährigen, die verheiratet in der Bundesrepublik Deutschland ankommen, zunehmend als unbefriedigend empfunden.“ Angaben zur Zahl von minderjährigen verheirateten Mädchen, die seit der Flüchtlingswelle vom Herbst 2015 nach Deutschland gekommen sind, oder zur Zahl der Gerichtsverfahren und ihrem Ausgang sucht man vergebens. Dass Art. 6 EGBGB „uneinheitlich“ angewandt wird, entspricht seinem Inhalt und seinem Zweck. Die Folgenabschätzung fällt etwas genauer aus, allerdings nur, soweit die öffentliche Verwaltung betroffen ist. Über die Folgen der Trennung für die Betroffenen und den dadurch entstehenden Aufwand für psychologische und soziale Begleitung, Schulen, Ausbildungsstätten, Pflegeeltern, Jugendämter etc. findet sich nichts. Wie sehr die Folgenabschätzung zur bloßen Leerformel verkommen kann, zeigt der abschließende Satz, wonach „eine Steigerung der Verbraucherpreise durch das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen nicht zu erwarten“ sei.

Institutionell scheint die Bedeutung innerhalb des Gesetzgebungsapparats ebenfalls im Schwinden: Ein 1973 im BMJ eingerichtetes eigenes Referat für Rechtstatsachenforschung[71] ist im aktuellen Organigramm nicht mehr zu finden. Jedenfalls das, was man von außen an empirischer Fundierung beobachten kann, genügt damit meines Erachtens weder den Anforderungen der Geschäftsordnung noch dem, was man von rationaler, nachvollziehbarer Gesetzgebung erwarten darf.[72]

b) *Supranationale Ebene*

Supranationale Regelsetzung ist noch mehr als nationale Gesetzgebung auf empirische Fundierung angewiesen, um ein Tätigwerden überhaupt legitimieren zu können. Für kleinere Akteure wie die Haager Konferenz, UNIDROIT oder UNCITRAL ist es allerdings nicht einfach, Studien zur Evaluierung des bestehenden Rechts und zum *impact assessment* künftiger Regulierungen überhaupt zu finanzieren.[73] Hinzu kommt, dass die Methoden der ökonomischen Folgenabschätzung internationaler Rechtssetzung keineswegs fest-

---

[71] Vgl. *Raiser,* Grundlagen (Fn. 23) 17; *Dieter Strempel,* Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik, ZRP 1984, 195–198; *Heldrich,* AcP 186 (1986) 74, 111.

[72] Kritisch auch *Ulrich Karpen,* Folgenabschätzung für Gesetze und Richterrecht – methodische Aspekte, in: Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, Tagung am Bundesarbeitsgericht 2006, hrsg. von Volker Rieble/Abbo Junker (München 2007) 14–37, der auf S. 21 ff. Vorschläge für eine bessere Folgenorientierung unterbreitet. Instruktiv sind die sehr detaillierten Anleitungen für die Folgenabschätzung von Gesetzesvorschlägen in der Schweiz, vgl. Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden (Oktober 2014), abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/module-d.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.7.2018).

stehen oder in irgendeiner Weise standardisiert wären. 2015 wurde daher im Rahmen der UNIDROIT Foundation eine Arbeitsgruppe unter Federführung von Jeffrey Wool ins Leben gerufen, die Standards für die ökonomische Folgenabschätzung internationaler Reformen auf dem Gebiet des Handels- und Wirtschaftsrechts erarbeiten soll.[74] Konkrete Ergebnisse liegen naturgemäß noch nicht vor.

Eine bedeutende Rolle spielt das *impact assessment* für die europäische Gesetzgebung. Seit 2002 hat die EU-Kommission jedem wichtigeren Legislativvorschlag eine entsprechende Studie beizufügen, die mehrere 100 Seiten umfassen kann und einem eigens geschaffenen *Impact Assessment Board* vorzulegen ist.[75] Ich habe unter den jüngeren IPR-Verordnungen eine Stichprobe genommen und bin auf Interessantes gestoßen: Im Impact Assessment zur Erbrechtsverordnung[76] begründet die Kommission die Notwendigkeit einer europäischen Vereinheitlichung unter anderem damit, dass die Rechtswahlfreiheit in Erbsachen nach den mitgliedstaatlichen Kollisionsrechten durchweg beschränkt sei, so dass Erblasser, die unter dem Recht ihres bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts ein Testament gemacht hätten und dabei eine Rechtswahl getroffen hätten, Gefahr liefen, dass nach einer Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts eine solche Rechtswahl möglicherweise nicht mehr gültig sei. Selbst wenn den Betroffenen diese Gefahr schon bei Testamentserrichtung bewusst sei, könnten sie keine Vorsorge treffen, weil sie das Recht ihres früheren gewöhnlichen Aufenthalts nach den nationalen Kollisionsrechten nicht wählen könnten;[77] eine überraschende Einsicht vor dem Hintergrund, dass sowohl Art. 17 des Kommissionsvorschlags, dem das *impact assessment* beigefügt war, als auch der im wesentlichen gleichlautende Art. 21 der EuErb VO genau diese Möglichkeit – Wahl des Rechts des früheren gewöhnlichen Aufenthalts als Erbstatut – ebenfalls nicht vorsehen, sondern die Rechtswahl auf das Recht des Staates beschränken, dem der Erblasser angehört, eine Re-

---

[73] Vgl. für Unidroit *Herbert Kronke,* Herausforderungen internationaler Privatrechtsmodernisierung, in: Denationalisierung des Privatrechts?, hrsg. von Eva-Maria Kieninger (Tübingen 2005) 53–67, 63.

[74] Vgl. <http://unidroitfoundation.org/economic-assessment-of-law/> (zuletzt aufgerufen am 17.7.2018).

[75] Zuletzt verankert in der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 13. April 2016 über bessere Rechtsetzung, ABl. EU L 123/1 vom 12.5.2016, Ziffer (12) ff.

[76] Commission Staff Working Document Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance – Impact Assessment, SEC(2009) 410 final. Das Dokument ist, anders als der Verordnungsvorschlag, nur auf Englisch verfügbar.

[77] Commission Staff Working Document (Fn. 76) 13, Punkt 3.1.4.

gelung, die bekanntlich erhebliche Kritik erfahren hat.[78] Der Text des Verordnungsvorschlags und das *impact assessment* passen also gar nicht zusammen.

Im weiteren Verlauf stößt man auf den Versuch, die Kosten zu berechnen, die das unvereinheitlichte IPR verursacht.[79] Die Kommission geht hier teils von statistischen Zahlen, teils von eigenen, mitunter recht groben und wenig belegten Erhebungen und Schätzungen aus. Sie nimmt 4,5 Mio. Erblasser pro Jahr in der EU[80] mit einem Durchschnittswert pro Nachlass von 137.000 €[81] an, wobei die Autoren des *impact assessment* diesen Durchschnitt unter Berufung auf einen „legal professional" mal zwei nehmen, weil international mobile Menschen ja meist mehr Geld hätten.[82] Weiterhin könne man, gestützt auf Befragungen von *legal professionals* in sechs Mitgliedstaaten,[83] davon ausgehen, dass ca. 10 % der Erbfälle ein internationales Element hätten und dass Rechtsberatung bei internationalen Fällen zwischen 2 und 5 % des Nachlasswertes verschlingen würden, so dass man einen Durchschnittswert von 3 % annehmen könne.[84] Auf diese Weise (450.000 Erbfälle mal 274.000 €

---

[78] Vgl. *Anatol Dutta,* in: Münchener Kommentar zum BGB[15] (München 2015) Art. 22 EuErbVO Rn. 2 m.w.N.

[79] Commission Staff Working Document (Fn. 76) 18, Punkt 3.3.

[80] Diese Zahl wird durch Daten des statistischen Dienstes der EU, Eurostat, im Commission Staff Working Document (Fn. 76) Annex, S. 53 ff. untermauert.

[81] Dieser Wert beruht auf Zahlen, die lediglich in drei Mitgliedstaaten (Vereinigtes Königreich, Deutschland, Spanien) zu unterschiedlichsten Zeitpunkten (zwischen 1990 und 2008) und mit unterschiedlichen Methoden erhoben wurden. Für den spanischen Wert von 400.000.- € gibt der Bericht „Estimation by a legal professional" als Quelle an, siehe Commission Staff Working Document (Fn. 76) 64 f. und Table 7.

[82] Der statistische Annex, Commission Staff Working Document (Fn. 76) 66, gibt als Quelle an: „One legal practitioner estimated [the average value of cross-border successions] to be around twice as high as national successions."

[83] Vgl. Commission Staff Working Document (Fn. 76) Annex, S. 58 f. Die nur im Vereinigten Königreich sowie in Schweden, Spanien, Ungarn, Litauen und Lettland durchgeführte Expertenbefragung ergab einen Mittelwert von 12,5 %, der dann von der Kommission auf 10 % herabgesetzt wurde, da die Befragten möglicherweise eine überproportional hohe Zahl internationaler Erbfälle betreuten. Fraglich ist aber auch, ob man das Vereinigte Königreich, für das ein besonders hoher Anteil internationaler Erbfälle ermittelt wurde, in die Folgenabschätzung überhaupt hätte einbeziehen sollen, da schon zu einem relativ frühen Zeitpunkt klar sein durfte, dass das Vereinigte Königreich kein Opt-in in die EU-Erbrechtsverordnung erklären würde. Überdies fehlen Angaben dazu, wer befragt wurde (Notare, Rechtsanwälte, Mitarbeiter von Gerichten oder Behörden, Größe der Kanzlei, räumliche Verbreitung), ebenso wie eine Darstellung der Methode der Befragung (Interview, Fragebogen, online-Befragung) und der Rücklaufquote sowie eine Erläuterung der Länderauswahl.

[84] Der statistische Annex, Commission Staff Working Document (Fn. 76) 67, liefert hierzu keine näheren Angaben, sondern beruft sich auf „legal professionals interviewed". Der Annex enthält an dieser Stelle weder Angaben zu Auswahl, Herkunft oder Profession der befragten Experten, noch zur Methode der Befragung, noch Nachweise zu externen Studien.

und davon 3 %) kommt die Kommission auf etwa 3.699 Mio. € Rechtsberatungskosten pro Jahr für die EU. Der Bericht rundet dann noch einmal großzügig auf und gibt an, die gegenwärtige Rechtslage verursache damit Kosten für die EU-Bürger in der Größenordnung von 4 Billionen € pro Jahr.[85] Die Kommission nimmt an einer anderen Stelle des Berichts an, dass ein Drittel dieser Kosten durch ein einheitliches europäisches Erbrechts-IPR und ein Europäisches Nachlasszeugnis eingespart werden könne.[86] Warum gerade ein Drittel und nicht irgendein anderer Wert zwischen 0 und 100 %, wird nicht erläutert.

Es soll anhand dieses einzelnen *impact assessment* und seiner teilweise fragwürdigen Datenerhebung und -interpretation beileibe nicht der Stab über diese Art der empirischen Fundierung von Gesetzgebung gebrochen werden.[87] Festzustellen ist aber, dass einerseits seitens der Rechtspolitik der Wunsch nach möglichst griffigen Zahlen besteht, mit denen schlaglichtartig die Notwendigkeit eines bestimmten Gesetzgebungsakts begründet werden kann, andererseits aber die Herleitung solcher Zahlen in methodisch einwandfreier Weise extrem aufwändig ist.[88] Setzt man die Kommission dem Druck aus, Zahlen zu liefern, ohne gleichzeitig die finanziellen und personellen Ressourcen bereitzustellen, die für eine methodisch einwandfreie Untersuchung notwendig sind, besteht zum einen die Gefahr von Fehleinschätzungen seitens der Politik, zum anderen die Gefahr der Fehlallokation von Ressourcen innerhalb der Kommission, die durch die Produktion von Papieren von zweifelhaftem Aussagewert gebunden werden.

3. Empirie in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung spielt die Ermittlung des Sachverhalts – auch unter Heranziehung von Sachverständigengutachten – und damit die Rechtswirklichkeit selbstverständlich eine, oft die entscheidende Rolle.[89] Allerdings erschöpft sich die Rechtsprechung nicht in der Rechtsanwendung, sondern trägt

---

[85] Commission Staff Working Document (Fn. 76) 18, Punkt 3.3.

[86] Commission Staff Working Document (Fn. 76) 46, Punkt 9.3.

[87] Zu der Fragwürdigkeit der in der Ausschreibung zu Art. 14 Rom I-VO verlangten empirischen Datenerhebung vgl. *Eva-Maria Kieninger,* Zweiundvierzig, ZEuP 19 (2011) 747.

[88] Ein Musterbeispiel, das gleichzeitig den sehr hohen Aufwand zeigt, ist *Carsten Gerner-Beuerle/Federico Mucciarelli/Edmund Schuster/Mathias Siems,* Study on the Law Applicable to Companies (Fn. 43).

[89] *Petersen,* Der Staat Bd. 49 (2010) 435, 435. Allerdings wird der Sachverhalt in den deutschen Entscheidungen anders als in England oder den USA oft nur rudimentär wiedergegeben, vgl. dazu kritisch *Holger Fleischer,* Gesellschaftsrechts-Geschichten – Annäherungen an die narrative Seite des Gesellschaftsrechts, in: Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts-Geschichten, hrsg. von Susanne Kalss/Holger Fleischer/Hans-Ueli Vogt (Tübingen 2016) 1–24, 2 f. und 16 ff.

durch die Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen sowie durch das Füllen von Gesetzeslücken bis hin zur Rechtsfortbildung und -schöpfung zur Rechtsentwicklung bei – denn, um mit den Worten des BGH im berühmten Gesellschaftsrechtsfall „Sternbrauerei Regensburg" zu sprechen: „Das Recht hat dem Leben zu dienen und muss die entsprechenden Formen zur Verfügung stellen. Ein pflichtbewusster Richter kann sich der Aufgabe, das Recht notfalls fortzuentwickeln, nicht entziehen."[90] Gerade in Deutschland, wo eine Neigung existiert, Leit- oder Kernsätze der Rechtsprechung aus ihrem Kontext herauszulösen und als allgemeinen Rechtssatz zu verabsolutieren,[91] hätte die Rechtsprechung die Aufgabe, die Tatsachengrundlagen auch jenseits des zu entscheidenden Falls festzustellen und die Folgen der Rechtsfortbildung abzuschätzen.

Als Beispiel für die Frage nach der Umsetzung dieses Postulats soll das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht dienen, einmal weil hier die Rechtstatsachenforschung eine besonders ausgeprägte Rolle spielt,[92] zum anderen weil dabei auf den 2016 erschienenen Band „Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts-Geschichten" zurückgegriffen werden kann.[93] Die Bilanz ist, was die Folgenabschätzung angeht, ernüchternd. Ganz überwiegend wird rein dogmatisch argumentiert; eine Erfassung der tatsächlichen Gegebenheiten außerhalb des zu entscheidenden Sachverhalts oder eine Abschätzung der wirtschaftlichen Folgen findet nicht statt. Eine allerdings im Ergebnis unrühmliche Ausnahme ist die *Frosta*-Entscheidung zum Delisting, in der der BGH aufgrund einer fehlerhaften Erfassung empirischer Studien des Deutschen Aktieninstituts zu dem Fehlschluss gelangt ist, die Ankündigung eines Rückzugs von der Börse habe keinen Kursverlust der betroffenen Aktien zur Folge, so dass eine Abfindung der Minderheitsaktionäre nicht notwendig sei. Erst der Gesetzgeber hat diese Fehlentscheidung, die an sich schon dem gesunden Menschenverstand widerspricht, korrigiert.[94]

Auch außerhalb des Gesellschaftsrechts sieht es nicht anders aus: Anekdotisch greife ich zwei berühmte Beispiele der Rechtsfortbildung durch Richterrecht aus dem Kernbereich des Zivilrechts heraus: die *Hühnerpest*-Entscheidung aus dem Jahr 1968[95] und die Entscheidung des Großen Senats

---

[90] BGH 1.4.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157–179, Rn. 15. Siehe dazu *Jan Thiessen,* Sternbrauerei Regensburg, in: Bahnbrechende Entscheidungen (Fn. 89) 203–220.

[91] *Fleischer,* Gesellschaftsrechts-Geschichten (Fn. 89) 16 ff.

[92] Vgl. nur die zahlreichen Untersuchungen und Veröffentlichungen des Jenaer Instituts unter Leitung von *Walter Bayer;* <http://www.rewi.uni-jena.de/Fakultät/Institute/Institut+für+Rechtstatsachenforschung.html>.

[93] Siehe Fn. 89.

[94] Zum Ganzen ausführlich *Bayer,* ZfPW 2015, 163; *ders.,* BGHZ 153, 47 – Macrotron, in: Bahnbrechende Entscheidungen (Fn. 89) 137–166; *ders.,* Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung (Fn. 11) 326 ff.

[95] BGH 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91.

in Zivilsachen zum immanenten Freigabeanspruch bei Übersicherung aus dem Jahr 1997.[96] 1968 begründete der BGH die Beweislastumkehr in Produkthaftungsfällen ganz klassisch, rein dogmatisch und in Auseinandersetzung mit den verschiedenen, in der wissenschaftlichen Literatur diskutierten Lösungsansätzen. Den vertragsimmanenten Freigabeanspruch folgerte der Große Senat 1997 aus dem fiduziarischen Charakter des Sicherungsvertrages, gleichfalls ohne empirische Erwägungen oder Folgenabschätzungen.

Eine andere Art von empirischen Untersuchungen könnte dort geboten sein, wo das Gesetz einen Maßstab verwendet, der nur durch Befragung bestimmter Gruppen von Normadressaten oder aller Rechtsunterworfenen festgestellt werden kann. Zur Frage der Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Wettbewerbs- und Kennzeichenrecht gibt es tatsächlich Umfragegutachten; im Bereich des allgemeinen Bürgerlichen Rechts – etwa beim Maßstab des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“ als Kriterium der „guten Sitten“ in § 138 BGB – dagegen nicht. Diese Formel wird als Aufforderung an den Richter verstanden, das, was er/sie für billig und gerecht hält, einzusetzen.[97] Die Gerichte haben dementsprechend auch in neuerer Zeit zur Frage der Sittenwidrigkeit beispielsweise von Testamenten[98] keine Umfragegutachten eingeholt, sondern die entsprechenden Bewertungen selbst vorgenommen.[99]

Insgesamt ist also allenfalls ein geringer Einfluss empirischer Forschung auf die Rechtsentwicklung durch die Rechtsprechung festzustellen.[100] Sollte es diesen Einfluss geben, so manifestiert er sich jedenfalls selten in den Urteilsgründen.

---

[96] BGH 27.11.1997, BGHZ 137, 212 = NJW 1998, 671.

[97] Vgl. *Rolf Sack/Philipp Fischinger,* in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Berlin 2017) § 138 BGB Rn. 57 ff. m.w.N.

[98] Beispielsweise BGH 19.1.2011 – IV ZR 7/10, BGHZ 188, 96; BVerfG 21.2.2000 – 1 BvR 1937/97, DNotZ 2000, 391.

[99] Eine amüsante Übersicht über richterliche Fehleinschätzungen zur Sittenwidrigkeit gibt *Heldrich,* AcP 186 (1986) 74, 81 ff. Zum Versuch, die Frage der Missbräuchlichkeit und insbesondere der Transparenz von AGB durch empirische Untersuchungen aufzuhellen, vgl. *Stöhr,* AcP 216 (2016) 558, 566 ff.; hierzu wiederum *Hamann/Hoeft,* AcP 217 (2017) 311.

[100] Zu einem ähnlichen Schluss gelangt *Petersen,* Der Staat 49 (2010) 435, 439 ff., in Bezug auf die Rolle empirischer Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesverfasssungsgerichts anhand der Entscheidungen zum Rauchverbot (BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., BVerfGE 121, 317) und zum Lissabon-Vertrag (BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., NJW 2009, 2267). Das Verfassungsgericht weiche genaueren tatsächlichen Feststellungen dadurch aus, dass es entweder dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative einräume (so in Bezug auf die Gefährlichkeit des Rauchens und die Folgen eines Rauchverbots für die Gastronomie) oder indem es seine eigene Einschätzung an die Stelle einer sozialwissenschaftlichen Studie setze (so die Behauptung im Lissabon-Urteil, die für eine Demokratie notwendige öffentliche Meinung könne sich nur nationalstaatlich und nicht europäisch konstituieren).

4. *Summe*

Unser Streifzug hat ergeben, dass die Vergewisserung über die tatsächliche Ausgangslage jenseits des ganz konkret zu entscheidenden Sachverhalts noch nicht zum Standardrepertoire gehört, sondern eher als Randdisziplin (Wissenschaft), lustlos zu erfüllende Pflicht (Gesetzgeber) oder verzichtbares Beiwerk (Gerichte) wahrgenommen wird. Würde die Empirie mit derselben Intensität erforscht, mit der von Wissenschaftlern und Gerichten die sogenannten „Literaturmeinungen" heruntergebetet werden, wären wir auf dem Weg zu einer rationaleren Entscheidungsfindung vermutlich schon ein Stück weitergekommen.

IV. Verbindung von Empirie und Vision

Nun erschöpft sich das Werk von *Jürgen Basedow* natürlich keineswegs in der empirischen Forschung. Die akkurate Erfassung der Wirklichkeit (was auch den auf manchen Gebieten sehr unübersichtlichen Normbestand einschließt[101]) ist für ihn aber stets eine notwendige Vorbedingung für die Entfaltung einer wissenschaftlichen Idee und ein Prüfstein für die Frage, ob sich die nähere Befassung mit dem Thema lohnt. Anders als für Eugen Ehrlich ist für Basedow auch keineswegs nur das in der Wirklichkeit Vorzufindende tauglicher Gegenstand und Inhalt von Wissenschaft. Ganz im Gegenteil: In seiner großen Monographie zum IPR, die die Offenheit zum Leitmotiv hat, stellt er die philosophische Idee einer offenen Gesellschaft an die Spitze seines Einleitungskapitels und führt sie erst danach mit den tatsächlichen Entwicklungen von Mobilität, Grenzöffnung etc. zusammen. Es ist gerade diese Verbindung von Wahrnehmung der Lebenswirklichkeit, systematischem Denken und Theoriebildung, die dann in konkrete Vorschläge zur Interpretation oder Setzung von Normen mündet, die den besonderen Reiz des Werks von Basedow ausmacht. Er hat bei allem, was er schreibt und lehrt, stets ein Ziel, um nicht zu sagen, eine Vision. Wissenschaft besteht für ihn gerade darin, neue Gedanken und Einsichten zu formulieren im Glauben daran, dass diese Gedanken die Kraft haben, die Wirklichkeit zu verändern. Deutlich wird dieser Zug etwa in den Schriften zum Europäischen Vertragsrecht.[102] Hinter ihnen steht die Vision eines größeren Verständnisses für die verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, einer vertieften grenzüberschreitenden Interaktion, einer unumkehrbaren Integration der mitgliedstaatlichen Märkte und der Herausbildung einer europäischen Rechtskultur.

---

[101] Siehe insbesondere *Jürgen Basedow,* Der Transportvertrag (Tübingen 1987) 3.

[102] Siehe insbesondere *Jürgen Basedow,* Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration, in: FS Ernst-Joachim Mestmäcker (Baden-Baden 1996) 347–363; *ders.,* Common Contract Law for the Common Market, CMLR 33 (1996) 1169–1195.

Der Streifzug zum Thema „Offenheit" soll schließen mit einem Zitat von Eugen Ehrlich, in dem er das Ideal eines Rechtswissenschaftlers neuen Typs beschreibt und das (trotz aller Unterschiede in der wissenschaftlichen Ausrichtung) wunderbar auf *Jürgen Basedow* passt:

> „Und mit den Normen, die sie darstellt, muss die Jurisprudenz ein Bild der Gesellschaft geben, für die die Normen gelten sollen, und dieses Bild wird von Männern entworfen, die der juristischen Betrachtung der Gesellschaft das Leben gewidmet haben und das feine Gefühl für die Wirklichkeit der Dinge besitzen sollen, das wir bei den alten römischen Juristen, bei Bartolus und so manchen aus der neuesten Zeit bewundern."[103]

---

[103] *Ehrlich,* Grundlegung (Fn. 22) 401.

Schlusswort

Schlusswort

Jürgen Basedow

Meine Damen und Herren,

das Tagungsprogramm weist mir an dieser Stelle ein „Schlusswort" zu – der Singular deutet hin auf Kürze, gleichsam einen Sprint über die Zielgrade zum Wochenende. Andererseits hat die Regie dafür eine Dauer von 30 Minuten vorgesehen. Das klingt nun wieder so, als erwarte man von mir eine kleine Abschiedsvorlesung. Der Zeitpunkt dafür wäre ja nicht völlig unpassend, endet doch mit dem heutigen Tag meine Zeit als Direktor des Instituts, in das ich im November 1974, im jugendlichen Alter von 25 Jahren, als Assistent und Referendar eingetreten bin. Da ich in meinem Leben allerdings nie eine *Antrittsvorlesung* gehalten habe, kann ich auch keine *Abschiedsvorlesung* halten – die Ära der akademischen Formlosigkeit nach 1968 hat mich geprägt. Im Übrigen vermute ich auch, dass Sie nach anderthalb Tagen kalorienreicher wissenschaftlicher Kost einer Abschiedsvorlesung nur noch gebremste Neugier entgegenbringen und nicht unglücklich sind, wenn ich mich kurzfasse.

Ich möchte mich vor allem bedanken bei denen, die sich aktiv an diesem Symposium beteiligt haben, angefangen bei *Reinhard Zimmermann,* meinem langjährigen Kollegen und Freund, für eine Laudatio, deren Wohlklang in meinen Ohren immer noch nachhallt, über *Holger Fleischer* für eine humorvolle Charakterisierung, in der ich mich gern wiedergefunden habe, Präsident *Skouris,* der uns mit seinem magistralen Vortrag beehrt und den weiten Rahmen dieses Symposiums vortrefflich abgesteckt hat, bei den Referenten und Moderatoren der Veranstaltung, den Teilnehmern der Diskussionen bis hin zu den Mitarbeiterinnen unserer Verwaltung, die während dieser Tage in gewohnt perfekter Weise für unser Wohlbefinden gesorgt haben. Danken möchte ich auch allen, die an der Sonderausgabe der Private Law Gazette mitgewirkt haben, die verblichene Fotografien beigesteuert haben und dabei auch in die Geschichte unseres Instituts eingedrungen sind. Schließlich gilt mein Dank auch den Gästen, die durch ihr Kommen ihre freundschaftliche und kollegiale Verbundenheit mit mir zum Ausdruck bringen; ich weiß dies sehr zu schätzen.

Die Initiative zu dem Symposium ging aus von denen, die die deutsche Wissenschaftssprache mit der Bezeichnung „Schüler" belegt, nicht zu verwechseln mit demselben Begriff der Allgemeinsprache, der eher an pubertierende Pennäler denken lässt. Während diese Art von Schülern ihre Eigenschaft mit dem Verlassen der Schule ablegen, bleibt man im Wissenschaftssystem Schüler sein Leben lang, quasi alterslos und in einem relativen Sinne, bezogen auf den jeweiligen Lehrer. Jeder von Ihnen hat einige Jahre mit mir zusammengearbeitet. Sie haben von mir manche Anweisung erhalten, die Sie vielleicht nicht immer geschätzt haben, aber hoffentlich auch die eine oder andere hilfreiche Idee und Inspiration; jedenfalls habe ich meinerseits manches von Ihnen erfahren und fühle mich durch die gemeinsamen Jahre mit Ihnen bereichert. Ob es nun Fragen des geistigen Eigentums oder des kollektiven Arbeitsrechts, der Vertragsfreiheit im islamischen Eherecht oder des Eigentums in Russland waren – diese und viele andere Themen sind mir durch Ihre Interessen nahegebracht worden; ich habe dabei viel gelernt.

Ihre Interessen und Forschungsschwerpunkte gehen sachlich, kulturell und geografisch weit auseinander; hier einen gemeinsamen Nenner zu finden, war gewiss nicht leicht. Sie haben für das Symposium jedoch ein Thema gewählt, das jedem von Ihnen eine Gelegenheit zu einem Beitrag im eigenen Interessensgebiet bot und dabei doch auch mit *meinem* wissenschaftlichen Werk verbunden ist – eine elegante Lösung! Dass Sie sich auch noch bemüht haben, in Ihrem jeweiligen Thema die dort erkennbaren Freiheitspotenziale aufzuspüren, hat dieser Veranstaltung auch inhaltlich etwas Geschlossenes und Rundes gegeben. Danken möchte ich auch für den Titel, der eine meiner Buchpublikationen aufgreift. Dazu nun doch noch ein paar sachliche Anmerkungen.

„Mehr Freiheit wagen" – das war seinerzeit ein geeigneter Titel für eine Aufsatzsammlung zum Thema Deregulierung, also für Arbeiten zur Öffnung der Märkte, zum Wirtschaftsrecht. Das Ziel war damals mehr Dynamik, mehr *wirtschaftliche* Freiheit. Dabei ging es immer um die Wahlfreiheit der Beteiligten, nicht um die Abwandlungen des Freiheitsbegriffs, die *Ralf Michaels* mit dem Hinweis auf *Hegels* Vorstellung von Freiheit als Einsicht in die Notwendigkeit angesprochen hat und die auch bei der Würdigung der Vertragsfreiheit im russischen Recht durch *Eugenia Kurzynsky-Singer* mit der Bezugnahme auf öffentliche Interessen angeklungen sind. Solche Abwandlungen sind gefährlich, weil sie tatsächliche, manchmal weitreichende Unterschiede hinter der Identität desselben Begriffes verschleiern.

Bei näherer Betrachtung geht der Titel weit über das Wirtschaftsleben hinaus, wie dieses Symposium gezeigt hat. Es geht um die zentrale Querschnittsfrage, die sich bei der Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, dem eigentlichen Thema der Jurisprudenz, auf allen Gebieten immer wieder stellt. Ihr Gegenstand ist die optimale Verteilung von Gestaltungsbefugnissen zwischen privaten und staatlichen, dezentralen und zentralen, individuellen und kollek-

tiven Entscheidungsträgern. Diese Frage stellt sich auch jenseits der wirtschaftlichen Transaktionen, also jenseits des Vertragsrechts, in allen Bereichen: für die Ordnung des intimen Zusammenlebens von Menschen, also im Familienrecht, ebenso wie für die Weitergabe von Vermögen an nachfolgende Generationen, d.h. im Erbrecht, für die Vereinigung von ökonomischen Ressourcen zu gemeinsamen Zwecken im Gesellschaftsrecht, für das Miteinander der Kulturen im internationalen Recht.

„Mehr Freiheit wagen" ist ein Aufruf. Darin schwingt implizit die Aufforderung mit, den Anteil privater Entscheidungen an der Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft zu erhöhen, aber auch die Aussage, dass darin ein Wagnis liegt. Was erklärt diese freiheitliche Tendenz? Und warum sollte man das Wagnis eingehen? Gründe liegen einerseits in der Verteilung des Wissens um gesellschaftliche Probleme und andererseits in der Eigenart des politischen Systems, dem hauptsächlichen Erzeuger von Rechtsnormen.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass sich das Wissen um Probleme von Wirtschaft und Gesellschaft zunächst an der Basis bildet und erst allmählich, oft erst sehr spät, in das Bewusstsein der staatlichen Entscheidungsträger vordringt. Was *Friedrich August von Hayek* 1945 in der Auseinandersetzung mit sozialistischen Theorien formuliert hat, gilt auch unter den veränderten Bedingungen der Gegenwart. Es sind zuerst die betroffenen Menschen, die eine bestimmte Situation oder Veränderung als problematisch empfinden. Erst später, manchmal nie, erfährt der Staat über Gerichte, Regierungsstellen, Behörden und Parlamente von solchen Problemen.

Das politische System hat die Funktion, Zielvorstellungen für das kollektive Handeln zu entwickeln und Antworten auf solche gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Problemlagen zu geben. Den Erfolg bemessen die politischen Entscheidungsträger, pointiert gesagt, im Allgemeinen daran, wie viele Seiten des Gesetzblatts sie füllen können. Dies hat auch Präsident *Skouris,* wenn auch mit anderen Worten, zum Ausdruck gebracht. Man denke nur an die vergangenen Monate vor der Bundestagswahl 2017 hier in Deutschland. Alle zwei Tage eine neue Ausgabe des Bundesgesetzblattes voller neuer Regelungen. In vier Jahren über 500 Gesetzesverkündungen. Kaum ein öffentliches Thema, zu dem nicht ein Gesetz verabschiedet worden wäre. Ob Bauverträge oder Prostituiertenschutz, Datenspeicherung, Frauenquoten in Aufsichtsräten oder Autobahnmaut, steuerschädliche Verlagerung von geistigen Schutzrechten ins Ausland oder Hassreden im Internet, Kinderehen oder Mietpreisbremse – die Bundesdruckerei war in der letzten Legislaturperiode mal wieder bestens ausgelastet. Gemeinsam ist allen Regelungen, dass sie privates Handeln vorschreiben, verbieten, kanalisieren, sanktionieren oder für unwirksam erklären, also jedenfalls Freiheit begrenzen. Dies geschieht mit den Mitteln des zwingenden Privatrechts, häufiger noch des Verwaltungsrechts und auch des Strafrechts. Gewiss lassen sich für jedes Gesetz, einzeln betrachtet, vernünftige Gründe anführen. Durch ihre Häufung drängt sich aber unver-

meidlich der Eindruck einer fortschreitenden Verengung von Freiheitsräumen auf. Zudem scheint sich der Staat zunehmend eine Allwissenheit um die richtige Lösung jeglichen Problems anzumaßen. Alles in allem passt dies wenig zu dem Spitzenplatz unter den Grundrechten, den Art. 2 GG der Freiheit der persönlichen Entfaltung zuweist. Und man muss auch darauf hinweisen, dass Menschen nur in Freiheitsräumen Verantwortungsbewusstsein entwickeln können, eine für den Zusammenhalt der Gesellschaft zentrale Tugend.

Ob die Gesetze sich wirklich zur Behebung der Missstände eignen, interessiert im politischen Prozess weniger. Dass sie dies *nicht* tun, ist in einigen Fällen glasklar und sogar allen Beteiligten bewusst, auch denen, die *dafür* gestimmt haben. Für die politische Wertschätzung durch die Bevölkerung, die alle vier Jahre erneuert werden muss, sind aber auch gar nicht die tatsächlichen Wirkungen eines Gesetzes maßgeblich; diese zeigen sich ja ohnehin erst viel später. Es kommt eher darauf an, dass das politische System mit dem *Erlass* des Gesetzes zu erkennen gibt, dass es Probleme ernst nimmt, die in der Öffentlichkeit zu diesem Zeitpunkt als gravierend empfunden werden.

Politiker jeder *couleur* müssen vor allem den Eindruck von Kompetenz, Handlungsfähigkeit und Entschlossenheit vermitteln, sie müssen – medial betrachtet – *bella figura* abgeben. Häufig sind sie deshalb einfach zu ungeduldig. Sie mögen nicht auf eine profunde Analyse der Probleme und ihrer Lösungsmöglichkeiten warten; dergleichen gilt als technokratisch. Die Vorstellung, dass sich ein Problem von allein durch das Wirken gesellschaftlicher Kräfte lösen könnte, passt schon gar nicht zu ihrer Motivationslage und in ihr Weltbild. Das Ergebnis sind viel zu viele kostentreibende und oft wirkungslose Gesetze, denen aber zeitlich unbegrenzte Geltung zukommt und die damit die Freiheiten der Bürger auf Dauer beschränken.

Die Eigenart des politischen Systems bringt es also mit sich, dass Freiheit tendenziell fortschreitend eingeschränkt wird. Die Tendenz setzt sich fort, sollte nach einiger Zeit die Wirkungslosigkeit eines Gesetzes auffallen und das Thema immer noch die Gemüter beschäftigen. Dann wird erneut der Ruf nach dem Staat laut, vor allem nach schärferen Sanktionen und immer häufiger auch nach Kriminalstrafen. Weil aber Menschen nun einmal in jeder Lage ihren eigenen Vorteil suchen und Wege zur Umgehung und Vermeidung bestehender Regulierungen finden, ergibt sich bald ein Rattenschwanz von Eingriffen. Diese drängen menschliches Handeln vielfach in die Illegalität, z.B. die Schwarzarbeit oder den Sozialbetrug, lähmen im Übrigen private Initiative und überfordern die staatliche Bürokratie. Beispiele dafür finden sich in regulierten Sektoren in Hülle und Fülle.

Staatliche Rechtsdurchsetzung ist wegen der begrenzten Ressourcen jeder Verwaltung zwangsläufig selektiv. Je umfassender hoheitliche Ordnung für private Lebenswelten konzipiert wird, desto lückenhafter und damit auch diskriminierender wird ihre Durchsetzung. Dies stellt die Legitimität staatlicher Ordnung insgesamt infrage. Deshalb *muss* die hoheitliche Ordnung von

Lebensbereichen die Ausnahme bleiben. Nur dann nehmen die Bürger die staatlichen Institutionen ernst. Von Zeit zu Zeit ist es deshalb erforderlich, dass die Gesellschaft sich darauf besinnt und nach der Notwendigkeit bestehender Regulierungen fragt. Sie gehören in regelmäßigen Abständen auf den Prüfstand. Es ist dann an der Zeit, mehr Freiheit zu wagen.

Spielräume dafür gibt es in allen Bereichen von Wirtschaft und Gesellschaft und damit auch in allen Rechtsgebieten. Das hat dieses Symposium deutlich gemacht. Nicht jeder Spielraum muss aber ausgenutzt werden. Es gibt *konstitutive* Regulierungen, ohne die die Institutionen von Wirtschaft und Gesellschaft nicht funktionieren könnten: Eigentum, Vertrag und Wettbewerb gehören dazu, obwohl auch hier unterschiedliche Regelungstiefe denkbar ist. Und es gibt *kompensierende* Regulierungen, die erforderlich sind, um Schwächen auszugleichen, denen die Institutionen in einem gänzlich freiheitlichen Regime ausgesetzt sind, man denke an manche Beschränkungen des Familienrechts, des Verbrauchervertragsrechts oder des internationalen Wirtschaftsrechts. Das Wagnis der Freiheit braucht insofern Wagemut, aber keine Waghalsigkeit.

Neben der Gesetzgebung ist längst auch die Rechtsprechung zum Erzeuger von Rechtsnormen geworden. Denn das politische System nimmt sich nur der Probleme an, die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen, die gewissermaßen Unterhaltungswert haben und politischen Ertrag für die Wiederwahl versprechen; so fällt die Feinsteuerung zwangsläufig der Rechtsprechung zu. Größere Rechtsgebiete werden von der Gesetzgebung sogar durch Generalklauseln *in toto* der Rechtsprechung überlassen. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), das in der Lebenswirklichkeit einen Großteil des Vertragsrechts erfasst, ist ein Paradebeispiel. Welche Klauseln in den vielen tausend Verträgen, die wir jahraus, jahrein schließen, verbindlich sind und welche nicht, das entscheiden letztlich die Gerichte aufgrund von sehr allgemeinen gesetzlichen Leitlinien.

Die Rechtsprechung soll Wertungen des Gesetzgebers weiterdenken. In einer Zeit fortschreitender gesetzlicher Beschränkungen der Freiheit greifen daher auch die Gerichte immer weiter in private Freiheitsräume ein. Das Grundmodell des Privatrechts, das einmal in der gleichen Ausstattung der Rechtssubjekte mit Rechtsfähigkeit und der Freiheit des selbstverantwortlichen Handelns bestand, tritt allmählich in den Hintergrund. Mehr und mehr weicht es der Suche nach dem *Machtgefälle* zwischen den Parteien.

Der Schutz der schwächeren Partei, seit der Entdeckung des Verbrauchers vor Jahrzehnten das beherrschende Motiv des privatrechtlichen *Gesetzgebers,* wird zunehmend auch zum unausgesprochenen Leitgedanken der *Rechtsprechung* im Privatrecht. Dies lässt sich ablesen an der AGB-Kontrolle im kaufmännischen Verkehr, wenn Klauseln über lange Laufzeiten, über Gebührenregelungen oder über Vertragsstrafen, vorformulierte Schiedsvereinbarungen usw. auch in Verträgen zwischen Unternehmen für unwirksam erklärt werden.

Die Ideologie des Handelsrechts geht verloren, die Ideologie des Verbraucherrechts dringt in Bereiche vor, in denen sie fehl am Platz ist, weil unternehmerische Risiken dort durch unternehmerische Chancen aufgewogen werden. Es fällt den Gerichten zunehmend schwer, den Sektor produktiver Wertschöpfung nach einem anderen Privatrechtsmodell zu beurteilen als den Konsumbereich. Auch hier heißt es, wieder mehr Freiheit zu wagen. Auch hier bestehen dafür erhebliche Spielräume.

Die Aufgabe, solche Spielräume auszuloten, stellt sich der Rechtswissenschaft. Die Vorstellung, dass sich Jurisprudenz demgegenüber allein der Auslegung des geltenden Rechts und vielleicht noch der Erforschung seiner Herkunft zu widmen habe, ist auch heute im Zivilrecht noch gelegentlich anzutreffen, aber nicht mehr zeitgemäß. Sie impliziert ein politisches System, das präzise Entscheidungen nach gründlichen Problemanalysen trifft. Gerade das ist jedoch, wie dargelegt, nur allzu oft nicht der Fall. Und so klafft zwischen dem politischen Verfahren der Rechtsetzung und einer Rechtswissenschaft, die sich selbst auf die Rechtsanwendung reduziert, eine Lücke, dies zum Schaden der Rechtsentwicklung. Es ist die Lücke, die eine wissenschaftlich orientierte Rechtspolitik und -analyse auszufüllen berufen ist. Sie muss die richtige Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft vorausdenken.

Dies impliziert eine Vielfalt der Methoden, einen Mix, in dem die einzelnen Methoden je nach Rechtsgebiet unterschiedliches Gewicht haben. Bei der Erfassung der Wirklichkeit spielen, wie *Eva-Maria Kieninger* klar herausgearbeitet hat, *Rechtstatsachenforschung* und *Rechtssoziologie* eine große Rolle. Wir müssen in aller Breite die Probleme kennen, die es zu lösen gilt. Ebenso ist die Entwicklung zu ergründen, die zu der gegenwärtigen Problemlage geführt hat. Hier geht es um Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, um Kultur- und *Rechtsgeschichte*. Die *ökonomische Analyse* hilft bei der Reflexion über die Ziele einer Reform, dies jedenfalls dann, wenn sie die Wirklichkeit nicht nur theoretisch modelliert, sondern diese Modelle verbindet mit Empirie, mit dem Wissen über die tatsächliche Welt. Als empirische Wissenschaft liefert die *Rechtsvergleichung* Informationen über Alternativen zum geltenden Recht und die Erfahrungen, die damit in anderen Ländern gesammelt wurden. Vor dem Hintergrund der Globalisierung ist die Rechtsvergleichung auch nicht mehr kontinental oder nordatlantisch begrenzt; sie erstreckt sich tendenziell auf die ganze Welt. Schließlich ist für jeden rechtspolitischen Vorschlag wesentlich, wie er sich in das geltende Recht einfügt. Begriffliches, systematisches und normhierarchisches Denken, also *Rechtsdogmatik,* ist unverzichtbar für die Entwicklung sachgerechter und effektiver Wertungen.

Meine Damen und Herren,

wenn ich nun eine Schlussfolgerung ziehe, so bezieht sich die Losung „Mehr Freiheit wagen“ also nicht nur auf die Substanz rechtlicher Regeln, auf Gesetzgebung und Rechtsprechung als Erzeuger von Rechtsnormen, sie hat auch die Methoden unserer Wissenschaft im Visier. Auch hier ist ein Abschied von Eindeutigkeits- und Gewissheitsansprüchen angezeigt. Auch wenn die Verfechter der einzelnen Methoden gern ihren eigenen Weg zur Erkenntnis absolut setzen, so bringt der Rückzug in methodische Spezialisierung in Wirklichkeit doch nur vermeintliche Sicherheit im Kreise der Gleichgesinnten. Wirklichen Erkenntnisgewinn können wir nicht in der Wagenburg der Adepten einer einzigen Methode erwarten; dazu brauchen wir – methodische – Öffnung und Freiheit. Dieses Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ist wie kein anderer Ort dazu berufen, solches Denken hervorzubringen und zu fördern. Dass dieses Potenzial auch in Zukunft zum Wohle der Gesellschaft insgesamt genutzt werde, wünsche ich dem Institut und uns allen. Ich danke Ihnen.